GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLIII — Bogotá, junio de 1936. — NUMERO 1,904

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 XLI)

"Summa itaque opa, et alacri studio hes leges nostras accipite". (Procemium Institionum D. Justiniani).

SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION

Francisco de P. Pérez

"Son atribuciones de la Corte Suprema:... ... 4ª—"Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de actos legislativos que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales". (Art. 151 de la Constitución de 1886).

"En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales. (Art. 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910).

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 confiere 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". (Art. 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910).

Un clamor justificado se alzó en el país contra el artículo sexto de la ley 153 de 1887, en cuanto ordenó que "una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución".

Eso equivalía, ni más ni menos, a dejar libre una puerta falsa en el sendero de las modificaciones a la norma fundamental. La ley ordinaria podía, en el hecho, realizar un cambio, puesto que sus cláusulas eran obligatorias aunque aparecieran en contradicción con el supremo estatuto. Quedaba éste condenado a una flexibilidad que, amparada en el sofisma y escudada en el espíritu de partido, desquiciaba el principio de razonable rigidez y permanencia que todo constituyente ha de darle a su obra de largas proyecciones hacia el futuro y de supremacía en el orden jurídico. Refiriéndose a esa forma de esquivar el verdadero imperio de la integridad constitucional, escribió el doctor Carlos Martínez Silva:

"Esta regla de interpretación señalada a los jueces, es perfectamente injurídica, y aún nos atreveríamos a decir, absurda, puesto que coloca al legislador en oposición con su mandato y eleva a la categoría de precepto lo que puede ser la violación de un deber. La regla debería ser precisamente la contraria, considerando la constitución como ley suprema y norma de todas las leyes expedidas con posterioridad a ella".

La opinión cavó muy hondo. Semilla fecunda fue arrojada en el surco y manos patriotas de conservadores y de liberales la cultivaron hasta ofrecer el fruto maduro en 1910. "El rey de burlas" que, como resultado de la desventurada fórmula legislativa, llegó a ser la Constitución, según la frase de José Vicente Concha, hubo de cambiarse por la que Miguel Moreno Jaramillo denominó "Ley de leyes".

La cláusula severa de Nicolás Esguerra que confió en 1910, a la Corte Suprema de Justicia "la guarda de la integridad de la Constitución", no debe ser nunca recortada, como que ese preámbulo abre a los Magistrados un campo mucho más extenso.

El doctor Marceliano Vélez, entre muchos otros de los que luchaban, desde tiempo atrás, por abrogar esa "ley inexplicable que declara constitucionales las leyes", exponía en el Congreso de 1904:

"Yo opto por la Constitución sobre las leyes y reglamentos.

"Pondré un ejemplo que muestra el absurdo de la interpretación contraria. Qué haría el honorable Senador que sostiene la constitucionalidad de las leyes para resolver este punto? La constitución prohibe imponer la pena de muerte por delitos políticos; un Congreso sin haber sido reformada la Constitución, como probablemente no se reformará, en ese punto, alarmado por la frecuencia de las revoluciones, establece que todo individuo que tome parte en una revolución será condenado a muerte. Aplicaría la Ley o la Constitución?

"Sin duda aplicaría la disposición de la Ley y con ella la pena de muerte, porque hay una ley que dice que todas las leyes son constitucionales, lo que es evidentemente un absurdo".

Esta doctrina de darle preferente lugar a la Constitución informó las prescripciones fundamentales de Colombia en diversas épocas.

Se discute actualmente sobre los puntos que trató de solucionar en la forma dicha, el Constituyente de 1910.

Censurando el sistema consagrado, se objeta: que va contra la separación de las funciones del Poder Público; que hace prevalecer la rama judicial sobre la legislativa y nugatorias las actuaciones de esta última; que concede atribuciones a la Corte Suprema no hermanadas con su índole propia.

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, en erudito y concienzudo estudio del problema jurídico que analizamos, le señala estas ventajas principales: que la solución de conflictos entre leyes ordinarias y Constitución queda en manos del más alto Tribunal de la República; que la inconstitucionalidad queda declarada para todos los casos; que se otorga y hace efectiva la supremacía constitucional y que cada ciudadano puede reclamar por su integridad cuando la crea menoscabada, denunciando la ley violatoria del Estatuto Fundamental.

No obstante, aquel distinguido expositor dice:

"Pero era tan hondo el mal que se quiso corregir con el texto preinserto, que el Constituyente se creyó en el caso de disponer también en otro artículo del mismo Acto Legislativo lo que sigue: "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". La reacción se llevó así a un extremo a que no debió llegarse; la adopción conjunta del sistema del artículo 41 y la del sistema norteamericano contenida en el 40, cuyos inconvenientes hemos anotado.

"La magnitud del mal que se contemplaba justifica, empero, a los Constituyentes de 1910".

Es evidente que soluciones perfectas, para cuestiones como la que nos ocupa, no pueden existir. Lo relativo es fruto de lo humano.

Se requiere buscar lo menos malo, aquello que conciliando sistemas opuestos ofrezca medios para orillar dificultades en la mira de lograr justicia y conveniencia.

Creemos que los dos artículos se complementan y tienen fines apropiados a casos diversos.

El artículo cuarenta se dirige a salvar la integridad constitucional cuando la ley atentatoria no ha sido acusada.

Le ordena entonces al empleado que se abstenga de aplicarla, en los casos concretos en que a su juicio sea incompatible con el Estatuto Supremo; no le dice que la anule, ya que esto es cosa distinta. Su fallo es particular y con relación a un juicio determinado. Tanto es así, que un estudio posterior puede llevarlo a deducciones distintas y variar de criterio interpretativo.

El artículo cuarenta y uno es de mayor alcance y atribuye a la Corte un fallo definitivo que debe acatarse por todos. Surge una especie de litigio en que son parte el Constituyente que reclama sus fueros especiales y el Legislador que considera estar en su límite ordinario.

Viene un tercero —el Poder Judicial— y dice de qué lado está la razón en la querella. No queda ya sino someterse y seguir la regla trazada.

Es la jurisdicción política de los jueces que viene a garantizar los derechos fundamentales contra posibles atentados legislativos. De esta manera, las interpretaciones distintas, que se vinieran sucediendo, terminarían y se uniformaría la jurisprudencia nacional.

Muy respetables opiniones hay, contrarias a lo dispuesto en 1910.

Sin embargo, en una liquidación de razonamientos es ampliamente sostenible lo vigente.

En la práctica es imposible la independenciacia absoluta de los Poderes Públicos.

A quienes sostienen que la función interpretativa y moderadora no es propia de la Corte Suprema, contesta Rodríguez Piñeres:

"Cierto es que la misión natural de la Corte es la de aplicar la Ley, pero no es menos natural la de aplicar la Constitución, y por consiguiente, al decidir ella, a virtud de petición que le haga cualquier ciudadano, que no debe aplicarse una ley inconstitucional, obra dentro de los límites de su natural papel, poniendo así un freno al verdadero instrumento gubernamental..."

Naturalmente, al resolver la controversia, da mayores garantías de acierto una entidad que la forman juristas avezados, como profesionales y técnicos, si así puede decirse, en la tarea de administrar justicia, que el Congreso mismo, que ya desde que expidió la ley anticipó su concepto reputándola válida y constitucional.

El Cuerpo Legislativo no padece mengua por el error que le corrijan, ni significa, la posterior revisión, resta indebida de sus facultades y prerrogativas: él puede reformar o derogar la ley por su propia iniciativa.

Lc que se persigue con la medida es la limitación de Poderes y que la Constitución esté por sobre todo y respetada por todos

Que haya peligros, que se necesiten prudencia, rectitud y conocimientos jurídicos, para estas emergencias no siempre fáciles y salvables, no son razones para volver atrás cuando la práctica demostró a lo extinguido mayores inconvenientes y perjuicios.

Intimamente ligado con el punto anterior está el relativo a la validez, nulidad y aplicación de las ordenanzas y de los acuerdos cuando sus mandatos son claramente contrarios a los fundamentos constitucionales.

La reforma de 1910 estableció estos principios:

"Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescriba la ley.

"Los particulares agraviados por actos de las Asambleas pueden recurrir al Tribunal competente, y éste, por pronta providencia, cuando se trate de un grave perjuicio, podrá suspender el acto denunciado.

"Los Acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial.

"Los particulares agraviados por actos de los Concejos Municipales podrán ocurrir al Juez, y éste, por pronta providencia, suspenderá el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad".

Con el mandato expresado en los últimos artículos transcritos, que marcan indudablemente un avance de la autonomía departamental y municipal, se pretendió reaccionar contra lo estatuído en la carta primitiva de 1886, que facultó a los gobernadores para suspender ordenanzas y que en materia de acuerdos municipales hubo de otorgarles un campo de acción que restringía demasiado la independencia de los Concejos.

Pero es obvio que la finalidad perseguida en las reformas no puede interpretarse aisladamente y de manera que se preste al absurdo.

Si la Constitución debe primar sobre la ley ordinaria, es evidente que las ordenanzas, los acuerdos y los decretos han de subordinarse, igualmente, a la norma suprema.

Resultaría un absurdo admitir que se le recortaban al Congreso prerrogativas y se le limitaba su esfera de acción, en el orden legislativo, para que Asambleas y Concejos pudieran, en cambio, ejercer con mayor amplitud facultades que son, por su naturaleza, inferiores a las de aquél.

Respecto al caso de la pena de muerte, ya contemplado, la ley nacional en que se llegase a decretar no podría cumplirse, por ser contraria al estatuto.

Suponiendo que asambleas o concejos, que pueden señalar determinadas sanciones, abusen de sus poderes y decreten penas vedadas, como la de muerte o la de confiscación, se podría sostener que las ordenanzas, o los acuerdos, han de cumplirse mientras no se suspendan o se anulen por autoridad competente?

Es, pues, inaceptable una interpretación que a tales consecuencias lleva por lógica severa. Más que ganar se habría perdido con la reforma.

De aquí la jurisprudencia de la Corte Suprema, después de expedido el Acto Legislativo Nº 3 de 1910, que preconiza la doctrina jurídica de que al suscitarse la pugna, entre una ordenanza inconstitucional, o ilegal, deben los funcionarios observar el orden de preferencia en esta forma: primero la Constitución, en seguida la ley y por último las ordenanzas y los acuerdos.

Aclara este punto la distinción muy acertada que formula el doctor Miguel Moreno Jaramillo, en los términos siguientes:

"Hay diferencia esencial entre **nulidad, suspensión, derogación** e **inaplicabilidad** de una ordenanza.

"Es **nula** una ordenanza, cuando, por sentencia del Tribunal Administrativo, se considera como no existente porque adolezca de un vicio que le impida producir sus efectos. Una ordenanza así anulada queda abolida de la legislación departamental. Está en **suspenso** una ordenanza cuando el mismo Tribunal, para cortar un perjuicio notablemente grave, manda que ella deje provisionalmente de producir sus resultados. Suspendida, continúa siendo ordenanza; no se la borra del cuerpo de disposiciones vigentes. Se **deroga** una ordenanza, no por su inobservancia y su desuso, sino porque otro acto de **igual clase** la extinga expresamente o por incompatibilidad con disposiciones departamentales posteriores, o por existir una ordenanza nueva que regule íntegramente la materia a que la anterior se refiera. Se sigue el principio de que sólo el que expide la ley puede derogarla. Es **inaplicable** una ordenanza cuando —sin ser anulada, ni suspendida, ni derogada— pugna contra la constitución o contra las leyes nacionales".

"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 aplicables, atribución es que compete al funcionario llamado a aplicar tales actos".

El espíritu que informa la tradición democrática de Colombia, en lo concerniente a la supremacía constitucional, viene dominando desde las primitivas constituciones generales que se dictaron.

En 1811 los constituyentes confiaron al Poder Ejecutivo la vigilancia, con el fin de asegurar que fuese observada en todas sus partes la Constitución, y que en caso contrario se diera cuenta de las infracciones al Senado; en 1812 se avanzó mediante la declaratoria de nulidad de todo lo que se hiciera contra cualquier disposición contenida en la Carta; revive en 1863, aunque restringida, la facultad que se otorgó al Senado de Plenipotenciarios para decidir sobre la nulidad o validez de los actos legislativos de las Asambleas de los Estados que se denunciaran como contrarios a la Constitución de la República; en 1886 la Corte Suprema de Justicia debe pronunciar su fallo definitivo sobre la exequibilidad de Actos Legislativos objetados por el Gobierno como inconstitucionales; en 1910 culminó la evolución de tan preciosa garantía y quedó estatuída en los artículos materia del presente comentario.

La iniciativa se halla vinculada reciamente a nuestra historia política y es uno de aquellos principios realizados en colaboración patriótica de nuestros diversos partidos.

No parece razonable modificar un precepto de raigambre tan honda en la conciencia pública. Dejemos a la Corte Suprema como guardián celoso y como juez imparcial que salve en todo momento la integridad de la Constitución de la República.

Desgraciadamente la Corte, por el sistema de las excepciones y de los distingos, ha venido recortando su propia y exclusiva facultad de guardadora del Estatuto.

Primero se sostuvo que dicho Tribunal no podía entrar en investigaciones, ni menos fundar sus providencias, en la carencia de las formalidades que la constitución hace imperativas en la expedición de las leyes. Los guardianes de la constitución tenían que cerrar los ojos y aceptar como **ley** la que se les presentaba escrita, o impresa en una gaceta oficial, sin hacer caso de que el Código Civil define la palabra y le fija su alcance, en armonía con el constituyente que consagró los trámites indispensables para la manifestación de la voluntad soberana en el ramo legislativo.

Más adelante consideró la Corte que sobre leyes aprobatorias de tratados públicos, o de contratos, no era procedente el recurso de inconstitucionalidad que se intentara por los ciudadanos.

Con razones más o menos atendibles fueron respaldadas dichas sentencias y no se resolvió nada en el fondo respecto a los problemas debatidos.

De suerte que si una ley aprobatoria de un tratado vulnera los límites de la república, recorta su soberanía, desconoce las prerrogativas del congreso en unos casos y del ejecutivo en otros, nada puede decidir la Corte y la integridad constitucional es violada de modo evidente, a ciencia y paciencia del guardián y del juez.

Con previsora orientación, los integérrimos magistrados doctores Luis Eduardo Villegas y Rafael Navarro y Euse, en un salvamento de voto que resiste las más severas acometidas y el análisis jurídico más despiadado, sostuvieron la siguiente doctrina:

"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.

"¿Pero se requiere algún requisito para que la Corte ejerza dicha facultad?

"Sí: la Corte no puede proceder por propia iniciativa, o sea de oficio. Es menester, según el caso, que se cumpla un hecho o que se haga una solicitud. El hecho es: que el Gobierno objete como inconstitucional un acto legislativo, y que las Cámaras insistan en él, con los dos tercios de los votos de sus miembros. La solicitud es de cualquier ciudadano y respecto de todas las leyes. Los vocablos **cualquier** y **todas** empleados en dicho artículo 41 están pregonando que no hay en Colombia ciudadano alguno que carezca de derecho a pedir que se declare la inconstitucionalidad de toda ley, y que no hay ley alguna que, pecando contra un precepto de la Constitución, sea éste el que fuere, no deba ser declarada inexequible por la Corte. Y decimos **deba** y no **pueda**, porque si los derechos y las obligaciones son necesariamente correlativos, teniendo cualquier ciudadano el derecho de acusar de inconstitucionales todas las leyes que lo sean, en la Corte existe el paralelo deber de decidir si es o no exequible la ley acusada".

Un año solamente llevaba de vigencia el precepto constitucional de que tratamos, cuando era interpretado en esta forma por dos jurisconsultos eminentes.

La Corte, en casos de inexequibilidad, resuelve una pugna en que se hallan contrapuestos el poder constituyente del Estado y las facultades simplemente legislativas del Congreso, en unos casos, o las reglamentarias del ejecutivo en otros.

En el ejemplo que arriba estudiábamos puede considerarse un tratado público, aprobado por las Cámaras, en el cual se obligara Colombia a reconocer en determinados asuntos la pena de confiscación o se variasen los requisitos relativos a la manera de adquirir la nacionalidad, u otra medida de índole semejante, violatoria de la Carta, esa violación quedaría intocable porque, según la jurisprudencia de la Corte, no puede entrar a conocer de esa clase de actos.

Interpretar de semejante manera equivale a lo que denominó un tratadista **interpretar para violar.**

Esta reforma necesita un complemento: señalar el término preciso e improrrogable dentro del cual deba la Corte Suprema decidir el punto que a su estudio se somete.

De otro modo esa garantía pierde mucho de su eficacia.

El Poder Ejecutivo dispone de un corto plazo para devolver los proyectos de ley a las Cámaras, objetados o sancionados, con la mira de que en estas materias no se dé campo a la inseguridad y se definan las cuestiones oportunamente. No vemos la razón para que la Corte Suprema goce de un tiempo ilimitado, para esta clase de fallos, cuando al tratarse de proyectos de ley, objetados por inconstitucionales, tiene un término fijo de seis días para resolver sobre su exequibilidad.

Muy bien que se deje amplio campo al estudio y que los Magistrados disfruten de la indispensable garantía de fundar sus providencias en conclusiones que obedezcan al análisis reposado y sereno. Todo esto es prenda de acierto y ofrece mayor seguridad en las orientaciones de la justicia.

Sin embargo, es indispensable un límite porque, de otro modo, la sentencia resulta, en muchos casos, de mero valor histórico.

Si se examina el régimen de procedimiento se verá que para todas las controversias han establecido los legisladores lapsos razonables dentro de los cuales han de ser definitivamente dictadas las resoluciones en el orden judicial y en el administrativo.

Y no puede ser de otro modo, si la función constituyente ha de mantenerse como la primera de todas en las manifestaciones de la soberanía.

Exceptuar a la Corte, en una materia de trascendencia social, como la que encarna el punto a que nos venimos refiriendo, puede llevar al público un sentimiento desalentador sobre la conveniencia práctica en el ejercicio de la preciosa facultad que el constituyente colombiano hubo de otorgarle.

No se puede justificar que en el estudio concreto de un problema jurídico, sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley, pasen meses y meses sin que se tenga noticia del fallo definitivo en que se hallan interesados todos los ciudadanos.

La integridad moral de nuestra Corte y su independencia deben correr parejas con la oportunidad en fallos que requieren, por su naturaleza misma, ser conocidos de la ciudadanía en hora propicia.

Si dejamos entronizar en nuestras costumbres judiciales la lentitud excesiva, causaremos hondo quebranto en las instituciones republicanas.

El poder judicial que ha de permanecer libre hasta de sospecha, en cuanto se refiere a su honorabilidad, no puede tampoco desvirtuar sus providencias con la tacha fundada de inactuales (1).

---

(1) Los asuntos sometidos a la decisión de la sala plena de la Corte en cuestiones concernientes a la guarda de la Constitución, se demoraban en veces, ciertamente, mas no por su culpa, pues si hubo demoras obedecieron a varias causas inevitables, ora por la defectuosa tramitación que la ley actual señala a tales demandas, ora por los incidentes sobre impedimentos que solían presentarse, o porque limitándose la acusación de determinada ley o decreto a un punto especial venía, no pocas veces, a discutirse si la Corte podía o no entrar a estudiar cuestiones que, siendo violatorias de la Carta fundamental, no hubiesen sido materia de la acusación. Para evitar estos inconvenientes, los actuales Magistrados se reunieron a deliberar sobre el plan de una reforma que, al par que salvase la integridad moral de la Corte y la mostrase acuciosa en cumplir su austera misión, satisficiese los intereses generales y los de la justicia misma. Fue así como se decidió redactar el correspondiente proyecto de ley para que, por conducto del señor Ministro de Gobierno, fuese presentado al Congreso para los debates reglamentarios. Así surgió la ley 96 de 1936, que empezará a regir luégo que sea publicada, después de su sanción legal, en el **Diario Oficial.—(Nota del Relator).**

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(Continuación)

408.—Los tres Gamboas —Eloy, Teodoro y Nicanor— constituyeron por escritura pública registrada una sociedad colectiva de comercio, que ha girado en Barranquilla y Medellín bajo la razón social de Eloy Gamboa y Cía.

Algún tiempo después de esa constitución, Nicanor se retiró de la sociedad mediante escritura pública otorgada con todas las solemnidades que exige el código civil.

El extracto de esa escritura fue oportunamente registrado en las cámaras de comercio que funcionan en Barranquilla y en Medellín, y publicado luégo en las gacetas oficiales del Atlántico y de Antioquia.

La escritura pública de retiro no fue inscrita en la oficina de registro sino después que la sociedad contrajo obligaciones en favor de Largo Valencia.

Dicho acreedor sostiene que la salida de Nicanor no exime a éste de su responsabilidad solidaria, porque cuando la obligación fue contraída por la sociedad de Eloy Gamboa y Cía., aún no estaba inscrito el instrumento de reforma social, si bien su extracto había sido registrado ya en las dos cámaras y publicado en los dos periódicos.

Nicanor afirma no ser responsable de obligaciones sociales contraídas con posterioridad al día en que la escritura pública de su salida quedó comercialmente registrada en extracto, y en extracto publicada donde y como se ha dicho.

¿A cuál de las dos partes acompaña la razón en esta controversia?

Enseña el código de comercio en su artículo 465:

"465.—La sociedad se forma y prueba por escritura pública, registrada conforme al código civil".

"La disolución de la sociedad antes de vencido el término estipulado, la prórroga de éste, el cambio, el retiro o muerte de un socio, la alteración de la razón social, y en general, toda reforma, ampliación o modificación del contrato, serán reducidas a escritura pública con las solemnidades legales".

Llama la atención el primer inciso de este artículo, 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 bienes de esta clase lo exige siempre, como puede observarse en la compraventa de fincas. En el sistema de la legislación colombiana, que sigue en ello las doctrinas del derecho romano y del derecho español, la compraventa por sí sola no trasmite el dominio de la cosa vendida. El vendedor ni siquiera se compromete a transferir al comprador la propiedad de lo que le vende, sino apenas a procurarle la pacífica posesión, a título de dueño, de la cosa vendida. Nótese que en virtud de este contrato no se da una cosa; se contrae solamente la obligación de dar. El comprador no se hace dueño sino en fuerza de la tradición, que generalmente sigue a la compraventa. Esta es el título, aquélla es el modo.

Las formalidades de los actos y contratos solemnes generalmente consisten en el otorgamiento de escritura ante notario; a veces en otros medios distintos de la escritura, y hay ocasiones, contadas por cierto, en que para el perfeccionamiento se requiere, a más de la escritura, el requisito de la inscripción o el de algún otro acto solemne.

El inciso primero del artículo 465 del código de comercio es excepcional, y —casi, casi— nos atreviéramos a decir único. De suyo el contrato de sociedad no implica enajenación de inmuebles. Hasta que dos o más personas estipulen poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartir-

se entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación, para que surja la sociedad como persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 2079 del C. C.). No hay sociedad si cada socio no pone alguna cosa en común, pero no ha exigido la ley que lo aportado sean fincas (art. 2082 del C. C.). Muy al contrario, admite que sean objeto de las aportaciones el dinero, los créditos, los muebles e inmuebles, las mercedes, los privilegios de invención, el trabajo manual, la mera industria, y en general, toda cosa comerciable capaz de prestar alguna utilidad (art. 493 del C. de C.).

Tanto más extraña nos parece la exigencia de la inscripción para constituír una sociedad, cuanto no se impone en la venta de bienes raíces, pues respecto de ésta de nas está prescrito que no se reputa perfecta ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública (art. 1857 del C. C.). Otra cosa muy distinta es que para que se efectúe la tradición de los bienes raíces vendidos sea necesario inscribir el título (art. 756 del C. C.).

Repetimos que el precepto contenido en el inciso primero del artículo 465 del código de comercio es verdaderamente excepcional, y como las excepciones, por ser de restringida interpretación, no se aplican a casos distintos de los contemplados por ellas, parece razonable concluír que aquel precepto no puede hacerse extensivo al inciso segundo del mencionado artículo.

Si esta conclusión fuere lógica, ha de estimarse que los actos a que se refiere ese segundo inciso, entre los cuales está el retiro de un socio, son actos que se perfeccionan por el solo otorgamiento de la escritura pública.

En efecto, el segundo inciso manda que todas las reformas, ampliaciones o modificaciones del contrato de sociedad sean "reducidas a escritura pública con las solemnidades legales", y el registro no es una solemnidad de la escritura.

Formalidades substanciales en las escrituras públicas, cuya falta invalida el instrumento, son la expresión del lugar y fecha del otorgamiento; la denominación legal del notario ante quien se otorgan; los nombres y apellidos, sexo, edad y vecindad de los otorgantes o de sus representantes legales, y otras que señala el artículo 2595 del código civil, restringido en su aplicación por el 333 de la ley 57 de 1887.

Se argüirá que la escritura de retiro está sujeta al registro como lo están todos los documentos que se otorguen por ante notario (art. 2652, ordinal 10, del C. C.). Muy bien. Nosotros no lo negamos. Pero una cosa es el registro como condición indispensable de perfeccionamiento, por ejemplo en la donación de bienes raíces (art. 1457 del C. C.); otra cosa como requisito para que un título haga fe en juicio o surta efecto legal respecto de terceros (arts. 2673 y 2674 del C. C.), y otra como medio de transmitir el dominio de ciertos bienes o de dar la posesión efectiva de un derecho (arts. 756 y 759 del C. C.).

No barajemos tan distintos fenómenos.

Cuando se trata de escritura sobre retiro de un socio no hay para qué mencionar la fe en juicio, ni tampoco la tradición ni la posesión efectiva.

Hablemos, en consecuencia, del registro de un título como medio para que éste surta efecto legal respecto de terceros, como lo manda el artículo 2674 del código civil.

Ante este solo precepto legal, estudiado aisladamente, no habría duda de que el socio saliente responde de las obligaciones contraídas por la sociedad en el tiempo comprendido entre la fecha del otorgamiento de la escritura de retiro y la fecha de la anotación de esta escritura en la oficina de registro.

Dice así el mentado artículo:

"Art. 2674.—Ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro".

Hay, sin embargo, en el código de comercio un artículo, el 480, que puede contraponerse al 2674 del código civil. Es este su tenor:

"480.—Los actos enumerados en la segunda parte del artículo 465, no producen efecto alguno contra los terceros, si no fueren escriturados, registrados y publicados en la forma que designa el artículo 470".

Como se ve, el retiro de un socio no produce efecto contra terceros, si no fuere escriturado, registrado y publicado "en la forma que designa el artículo 470".

El retiro de Nicanor fue escriturado, primero, y registrado y publicado, luégo, en la forma que designa el artículo 470, o, por mejor decir, fue solemnizado en escritura pública, y el extracto notarial de esta escritura fue inscrito en las cámaras de comercio que funcionan en Barranquilla y en Medellín, y publicado después en las gacetas departamentales del Atlántico y de Antioquia.

Parece que están cumplidos los tres requisitos exigidos por el artículo 480, porque ni el mismo acreedor Largo Valencia osaría

negar que el retiro de Nicanor fue escriturado y que están hechos el registro en las cámaras y la publicación en los periódicos.

Si, de acuerdo con lo ya expuesto, parece que el inciso segundo del artículo 465 no exige el registro de la escritura pública de retiro, no hay razón para pensar que en el vocablo "escrituradas", a que se refiere el artículo 480, ha de subentenderse el concepto de escritura anotada en la oficina de registro.

No hay por qué complicar las cosas cuando por su simple lectura aparecen sencillas. El artículo 480 exige textualmente la escrituración del retiro, y luégo el registro y la publicación "en la forma que designa el artículo 470", esto es, el registro comercial del extracto en la cámara de comercio (antes en la secretaría del juzgado) y la publicación de ese extracto en los periódicos oficiales de los diversos domicilios sociales.

Si el 480 dijera que los actos enumerados en el 465 no producen efecto contra terceros mientras no se cumplan las formalidades designadas por el 470, habría motivo para pensar que el registro del extracto y su publicación debieran sumarse al registro de la escritura misma. Pero no habla así el artículo 480. Separa los dos incisos del artículo 465. En cuanto al primero guarda silencio, lo cual significa que la escritura de formación de la sociedad afecta a terceros desde la fecha del registro civil, según el artículo 2674 del código; en cuanto al segundo, señala como punto de partida, frente a terceros, el registro comercial del extracto y la publicación de éste.

Y no puede uno menos de pensar en la insuficiencia del registro civil de las escrituras de reforma social, como la de retiro de un socio, ante el principio de que los terceros no resultan afectados sino después de que los extractos notariales han sido registrados en la cámara de comercio y publicados en periódicos oficiales o particulares.

Dice el art. 36 de la ley 40 de 1907 que para el solo efecto de reconocer en juicio la personería jurídica de las sociedades y la representación de sus administradores, se admitirán también como prueba las copias de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el secretario del juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado.

Más amplio el art. 40 de la ley 28 de 1931, establece que para acreditar la constitución y existencia de las sociedades comerciales, bastará un certificado suscrito por el presidente y por el secretario de la cámara de comercio, sellado con el sello de ésta, en que consten el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las que en alguna manera la hubieren formado, con las indicaciones generales que se exigen para los extractos, y, además, que la sociedad ha sido registrada en la cámara. La misma certificación constituirá prueba de la personería de los gerentes o representantes legales de las sociedades ante cualesquiera funcionarios judiciales o administrativos.

En fallo de 20 de noviembre de 1935, cuya ponencia correspondió al magistrado doctor Antonio Rocha, dijo la corte suprema de justicia, en sala de casación civil:

"La existencia de una sociedad comercial, como sujeto activo y pasivo de derechos y de obligaciones que se pretenden deducir en el juicio, es necesario demostrarla. Y en presencia de textos legales tan perentorios, como son los artículos 465, 469, 470 y 471 del código de comercio, 36 de la ley 40 de 1907 y 40 y 41 de la ley 28 de 1931, para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial y la personería de sus administradores ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas, se requiere, cuando menos, "bastará", dice la ley, un certificado firmado por el presidente y el secretario de la cámara de comercio, en los lugares donde la haya, en la forma indicada por los dos últimos artículos citados, o copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el secretario del juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado (art. 36, ley 40 de 1907). No presumiéndose la personería jurídica, el juez necesita conocer cómo surgió a la vida legal una compañía que ha de condenar o absolver, o a cuya favor ha de decretar o negar un derecho. Y siendo solemne la manera como surge a la vida y *ad solemnitatem* la prueba de su existencia, según el artículo 465 del código de comercio, aquellos requisitos no se reemplazan con simples referencias sobre la escritura de constitución, ni menos, como el caso de este pleito, con el silencio sobre su registro, que traigan otros documentos allegados al juicio, ya sean otras escrituras o copias de juicios distintos y en ningún caso testimonios que aludan al funcionamiento de la compañía".

Comprendemos que Largo Valencia puede con brillantez sostener la responsabilidad de Nicanor, alegando que por no haber sido registrada la cancelación parcial de la escritura constitutiva de la sociedad (arts. 2610 y 2614 del C. C.), ignoraba él la cesación de las obligaciones de uno de los socios fundadores; que el vocablo "confección", empleado por el código civil al fijar los objetos que se persiguen con el registro (art.

2687, ord. 3º), hace pensar en que la inscripción de los títulos puede ser algo fundamental; que la norma sobre efecto legal de las escrituras respecto de terceros (art. 2674) es uno de esos principios generales, de interés público, a que no puede renunciarse y de que no puede prescindirse, porque invariablemente deben tener en todos los casos cumplida ejecución para defensa de quienes no intervinieron en el acto, y que esa regla general no se opone a la especial sobre registro en la cámara de comercio de todas las escrituras constitutivas de sociedades.

Por su parte, Nicanor, amén de las razones ya apuntadas en su favor, puede sostener que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general (art. 5º, regla 1ª, de la ley 57 de 1887); que si el punto se estima dudoso, en caso de duda debe estarse en favor del demandado, o sea, que cuando los derechos de las partes sean dudosos, debe favorecerse al demandado más bien que al demandante; que el conocimiento particular, personal o privado que Largo Valencia tuvo de la salida del socio, lo inhibe para alegar ignorancia, y que los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse, y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales del comercio (art. 182 del C. de C.).

Largo Valencia y Nicanor, cada uno desde su punto de vista, invocarían en coro el precepto con que se inicia el código de comercio:

"Art. 1.—Las disposiciones de este código rigen de preferencia en los asuntos mercantiles, y se aplicarán exclusivamente siempre que resuelvan con claridad las cuestiones de comercio que se promuevan".

"En los casos que no haya previsto, y que no puedan ser decididos por analogía en sus disposiciones, se aplicarán las del código civil".

Nicanor haría hincapié en el inciso primero de este artículo, diciendo que el 480 rige de preferencia y debe aplicarse exclusivamente porque resuelve con claridad el punto, al no exigir sino escrituración de la reforma y registro comercial y publicación del extracto del instrumento reformatorio. Largo Valencia diría que el 480 o le es favorable, o, al menos, no resuelve claramente el caso, y que si al código de comercio le faltó previsión, ha de aplicarse el civil. Agregaría Largo que la exigencia de "las solemnidades legales", contenida al final del artículo 455, sería apéndice vano si no se aludiera al registro requerido por el inciso primero del mismo artículo, pues si se tratara apenas de las solemnidades que se llenan ante el notario, ésas las callara al legislador por sabidas.

Al llegar aquí releemos lo escrito y no nos asaltan dudas, en numerosa muchedumbre, aun sobre algunas de las afirmaciones que hemos hecho en el curso de esta exposición. No podemos traicionarnos ocultando las dificultades del problema o disimulando nuestras vacilaciones. (Tomo I, Nos. 1, 8, 22, 28, 36, 86 y 108. Tomo II, Nos. 175, 176, 183, 196, 198, 222 y 234. Tomo III, Nos. 281, 291, 329, 333, 335 y 338).

SALA PLENA

DOCUMENTOS RELATIVOS A LA VISITA DEL EXCELENTISIMO SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPUBLICA A VARIOS PAISES DE LA AMERICA DEL SUR

"República de Colombia.—Ministerio de Gobierno. Número 368.—Bogotá, mayo 6 de 1936.

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia. E. S. D.

Tengo el honor de comunicar oficialmente a esa alta corporación, por intermedio de usted, que el Senado de la República, en ejercicio de la facultad que le confiere la Constitución Nacional, le ha concedido dos permisos al Excelentísimo señor Presidente de la República para visitar, en el curso del presente año, las Repúblicas que formaron la Gran Colombia y la República del Perú. Las proposiciones aprobadas por el honorable Senado en sus sesiones de 10 de enero último y 8 del mes que corre, contentivas de los referidos permisos, son del siguiente tenor: "El Senado de la República, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 32 del Acto Legislativo número 3 de 1910, concede permiso al Presidente de la República para visitar en el curso del presente año las Repúblicas que formaron la Gran Colombia". "El Senado de la República, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 32 del Acto Legislativo número 3 de 1910, concede permiso al Presidente de la República para visitar en el curso del presente año la República del Perú". El artículo constitucional citado en el texto de las proposiciones del Senado estatuye: "El Presidente de la República ,o quien haga sus veces, no podrá salir del territorio de la Nación durante el ejercicio de su cargo y un año después, sin permiso del Senado. La infracción de esta disposición, estando alguno de aquellos en el ejercicio de su cargo, implica abandono del puesto". El Presidente de la República efectuará sus visitas a Ecuador, Panamá, Venezuela y Perú por la vía más rápida que sea conveniente, de manera de no permanecer fuéra del territorio nacional sino por pocos días. El Gobierno desea que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la misión que en buena hora le confirió el constituyente de 1910 para la guarda de la integridad de la Constitución, conceptúe si es el caso de llamar al primer Designado a ejercer el Poder Ejecutivo, en el vento de que considere que va a producirse una falta temporal del Presidente de la República en los diferentes períodos en que estará ausente del país el primer Magistrado. Si esa falta temporal no se produce, puede el Presidente delegar en uno de los Ministros el despacho de los asuntos urgentes de la Administración, mientras esté ausente de la capital de la República, de conformidad con lo estatuído por el artículo 135 de la Constitución Nacional? La Corte no carece de atribución constitucional y legal para resolver el punto consultado, porque a ella le corresponde, además, llamar al funcionario que deba reemplazar al encargado del Poder Ejecutivo, en los casos previstos por la Constitución, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 31 del Código Judicial, en relación con el 151 de la Carta fundamental. Con sentimientos de la más alta consideración, me es grato suscribirme de usted como su atento seguro servidor, (Fdo.), Alberto Lleras Camargo, Ministro de Gobierno.—bga".

N O T A

del Presidente de la Corte al señor Ministro de Gobierno, en la cual se expresa la determinación de la Corte Suprema acerca de la persona que debe encargarse del Poder ejecutivo durante la visita del Excelentísimo señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur.

Corte Suprema de Justicia.—Presidencia.—Nº 144. Bogotá, 13 de mayo de 1936.

Señor Ministro de Gobierno.—E. L. C.

Señor Ministro:

Me es muy grato referirme a su atento oficio número 368 de fecha 6 de los corrientes, para trasmitir a usted la determinación adoptada por la honorable Corte Suprema de Justicia, reunida en pleno, en sesión de ayer, respecto del contenido de esa comunicación.

La Corte, al deliberar a espacio durante varias sesiones acerca de la proyectada visita del Excelentísimo señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur, tuvo en cuenta las consideraciones siguientes:

1ª—La Corte, salvo lo dispuesto en algunas leyes para casos especiales, no es cuerpo consultivo del gobierno; pero como de acuerdo con el numeral 2º del artículo 31 del código judicial, le corresponde "lamar al funcionario que debe reemplazar al en-

cargado del Poder Ejecutivo, en los casos previstos por la Constitución", bien puede, teniendo como tiene aviso oficial sobre un próximo viaje del Excelentísimo señor Presidente de la República al exterior, tomar su determinación acerca del asunto a que se refiere la nota de que se da hecho mérito;

2ª—La Constitución no resuelve expresamente el caso. El artículo 32 del Acto legislativo Nº 3 de 1910, estatuye que el Presidente de la República no puede salir del territorio de la nación durante el ejercicio de su cargo, sin permiso del Senado, pero guarda silencio sobre la manera como en tales circunstancias deba proveerse al ejercicio de las funciones inherentes a la autoridad presidencial;

3ª—Al artículo 135 de la Constitución no se le puede dar, ni de acuerdo con la historia constitucional de la república, ni en atención a la letra y al espíritu de ese texto, un alcance tan amplio que autorice para delegar en un ministro del despacho todas las funciones que, por razón de su ausencia del país, no pueda ejercer el presidente de la república. Ello equivaldría nada menos que a revivir la abolida institución del artículo 2º del Acto legislativo Nº 5 de 1905, conforme al cual en aquel tiempo se dio al presidente la potestad de designar el ministro que debiera reemplazarlo en sus faltas temporales;

4ª—En un caso como el que se contempla, guarda mayor armonía con nuestros principios republicanos y con las normas de derecho público sobre delegación de funciones, el llamamiento del Designado elegido por el congreso, que la delegación en un ministro de todas aquellas funciones presidenciales que por su ausencia no pueda ejercer el Jefe del Estado, máxime cuando entre estas funciones hay no pocas indelegables;

5ª—Tampoco sería lógico admitir que aquellas funciones presidenciales cuyo ejercicio puede ser en determinado momento necesario y urgente y que el Excelentísimo señor Presidente, por la imposibilidad material debida a su ausencia del país, no pueda atender, queden sin órgano oficial adecuado para su cumplimiento;

6ª—A falta de texto expreso, lo procedente es resolver el punto teniendo en cuesta disposiciones que regulen materias semejantes, y los principios generales de derecho público en que la Constitución se informa;

7ª—En ese orden de ideas, el numeral 3º del artículo 120 de la Constitución —conforme al cual el Vicepresidente (hoy el Designado) debe encargarse "de los otros ramos de la administración" cuando el presidente ejerza el mando militar fuéra de la capital— ofrece un criterio de solución; pues del principio allí consagrado se deduce que no hay inconveniente, dentro de las modalidades de nuestro régimen representativo, para que, al mismo tiempo que el presidente de la república ejerza en el exterior determinadas funciones que le son propias, el Designado se encargue de los demás ramos de la administración;

8ª—Dado el carácter y la pluralidad de funciones propias del presidente de la república, las faltas temporales de que habla el artículo 26 del Acto legislativo Nº 3 de 1910, tanto pueden ocurrir con relación a todas esas funciones, como a una parte de ellas, sin que en este último evento la falta temporal del presidente tenga que revestir el aspecto jurídico de las licencias ordinarias que se conceden a los funcionarios públicos; y

9ª—Como el señor presidente de la república, en el viaje para que le concedió permiso el Senado, ejercerá importantísimas funciones constitucionales inherentes a su cargo, es claro que al salir del territorio nacional no pierde su investidura presidencial, ni sus prerrogativas y preeminencias, con lo cual se consulta, tanto para el presidente como para el Designado, en cuanto a las funciones que éste debe desempeñar en los otros ramos de la administración, el espíritu del artículo 126 de la Carta.

Fueron éstos los motivos principales que sirvieron de base a la Corte para adoptar la siguiente determinación:

"Dígase al señor Ministro de Gobierno, en vista del anuncio que ha dado a la Corte sobre el próximo viaje al exterior del Excelentísimo señor Presidente de la República, que durante el tiempo en que éste se halle ausente, en ejercicio de las altas funciones constitucionales a que se refieren los permisos que solicitó y obtuvo del Senado, el llamado a encargarse de los otros ramos de la administración es el primer Designado o quien haga sus veces, siendo entendido que el Excelentísimo señor Presidente de la República, al ausentarse del país, no pierde la investidura, ni las preeminencias y prerrogativas que tiene como Jefe del Estado".

Los honorables Magistrados doctores Gómez Naranjo y Mújica dejaron constancia de su voto negativo, en el sentido de que en su opinión no es el caso de llamar al Designado, sino de que el Presidente de la República delegue su autoridad en uno de los ministros del despacho.

Del señor Ministro obsecuente servidor,

Pedro Alejo Rodríguez

EJERCICIO DEL PODER

INFORME DEL MAGISTRADO DOCTOR MIGUEL MORENO JARAMILLO

Cuando el presidente de la república se ausenta del país con permiso del senado, ejercen la función ejecutiva del poder los designados, en su orden.

Señores magistrados:

Por nota de oficio fechada el 6 de los corrientes y distinguida con el número 368, se dirigió el señor ministro de gobierno a la corte suprema de justicia, con el fin de comunicarle que la cámara del senado concedió permiso al señor presidente de la república para visitar al Ecuador, Panamá, Venezuela y Perú, y también con el fin de informarle que en uso de ese permiso efectuará el señor presidente sus visitas "por la vía más rápida que sea conveniente, de manera de no permanecer fuéra del territorio nacional sino por pocos días".

Desea el señor ministro que la corte conceptúe como guarda de la constitución, si es el caso de llamar al primer designado, "en el evento de que considere que va a producirse una falta temporal del presidente de la república en los diferentes períodos en que estará ausente del país el primer magistrado". Pero si no se produjere esa falta temporal, pregunta si el señor presidente puede delegar en uno de sus ministros, mientras esté ausente de la capital, el despacho de los asuntos urgentes.

Se adelanta el señor ministro a opinar que la corte no carece de atribuciones para resolver el punto consultado, "porque a ella le corresponde, además, llamar al funcionario que deba reemplazar al encargado del poder ejecutivo, en los casos previstos por la constitución, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 81 del código judicial, en relación con el 151 de la carta".

La corte confió el caso a una comisión formada por los magistrados Gómez Naranjo, Iglesias y Moreno Jaramillo.

Los tres estudiamos el caso a la luz de ciertos principios de derecho internacional público y de derecho público interno. Aunque identificados en algunos puntos, discrepamos en otros fundamentales y en la conclusión definitiva. De ahí el que yo, con el más acendrado miramiento por mis dos colegas, me veá forzado a rendiros informe de minoría.

En los asuntos sobre exequibilidad de actos legislativos, leyes y decretos, procede la corte como guarda y como juez. A ella le está confiada la integridad de la constitución. Se la confió el artículo 41 de la enmienda constitucional aprobada en 1910. Su carácter de guarda no la autoriza para dictaminar sobre la constitucionalidad de lo que se ha ejecutado o piensa ejecutarse. Cuando el presidente objeta un acto legislativo o cuando cualquier ciudadano acusa leyes o decretos, la corte decide sobre la exequibilidad de lo objetado o acusado. Decide sentenciando. Habla por medio de fallos. Pero no puede dar conceptos sobre problemas jurídicos, tanto menos cuanto en algunos casos debe ella juzgar a los altos funcionarios de la república. Es el consejo de estado el cuerpo supremo consultivo del gobierno.

Sin embargo, como a la corte corresponde llamar a quien deba sustituir al encargado del poder ejecutivo, en los casos previstos por la constitución, y como tiene aviso oficial de que el señor presidente se ausenta del país, no veo inconveniente en que ella, no a guisa de concepto sino como anuncio de lo que hará, ocurrida la ausencia del primer magistrado, diga sin rodeos cuál ha de ser su actitud en el evento que se contempla.

El artículo 98 de la constitución atribuye al senado el conceder licencia al presidente de la república para ejercer fuéra de Bogotá. Aunque este precepto es inconveniente y ha caído en desuso, no dudo de que se halla en vigor. Si fuera obedecida la ley fundamental, el presidente no ejercería sin licencia del senado en lugar distinto de esta ciudad. La prohibición no ha sido derogada. Rige y debe cumplirse. Además, fue confirmada por el artículo 17 de la enmienda constitucional de 1910.

Bien sé que la ley 149 de 1888, luégo de repetir en su artículo 65 que el presidente necesita licencia del senado para ejercer fuéra de la capital, dispuso que podría ejercer libremente dentro del departamento de Cundinamarca, por derecho propio.

Ese artículo 65 pudo aplicarse antes de 1910, porque entonces se hallaba vigente el 6º de la ley 153 de 1887, que prescribía la observancia de las leyes posteriores a la constitución, por más que pareciesen contrarias a ésta.

La ley 4ª de 1913, sobre régimen político y municipal, no trae ya nada al respecto.

El legislador debe comprender que sus leyes ordinarias no pueden aplicarse en conflicto con la carta fundamental, puesto que el artículo 40 del acto legislativo número 3 del año de 10 estableció, de manera clarísima e incontrastable, que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales.

Ese artículo 40 constituye una reacción contra el 6º de la ley 153 del año de 87. Desgraciadamente, muchos confunden su doctrina con la del 41 de la propia carta fundamental. Decidir de modo general y firme sobre la exequibilidad de una ley o de un decreto, es función privativa de la corte; pero resolver en un caso especial si una ley o un decreto son inaplicables por inconstitucionales, es función que corresponde al empleado que conoce del negocio en que se ofrece el problema de la incompatibilidad.

Los que sostienen que el presidente puede con libertad ejercer la función ejecutiva en cualquier lugar de la república, se apoyan para sostenerlo en el artículo 4º de la ley 84 de 1915, según el cual todo empleado puede ejercer fuéra de la cabecera de la entidad política de su jurisdicción. El apoyo no puede ser más endeble. Una ley ordinaria no se aplica en cuanto pugne con la ley fundamental. Y si se arguye que la ordinaria de 1915 envuelve licencia permanente, resulta claro el error de confundir un permiso del senado, acto concreto y esencialmente ejecutivo, con una ley del congreso, norma general y esencialmente legislativa.

Se tiene, pues, que sin licencia del senado no puede el presidente ejercer fuéra de la capital.

Prgunto: el permiso que el senado otorgó al presidente para salir del territorio de la nación, conforme al artículo 32 de la enmienda del año de 10, implica una licencia para ejercer fuéra de Bogotá? No dudo de que sí la implica. El presidente puede ejercer funciones presidenciales, de ida y de regreso, mientras en su proyectado viaje se halle dentro de los límites de nuestro país, es decir, desde Bogotá hasta las líneas que separan a Colombia del Ecuador, Panamá, Venezuela y Perú.

Ese permiso de salir envuelve una licencia para separarse del empleo?

Este punto es más complejo que el anterior.

Si ese permiso conlleva la licencia, el presidente no pierde su investidura, que mantendrá hasta el 7 de agosto de 1938, si Dios fuere servido, pero se produce el caso típico de falta temporal, que en el interior impone la vocación del primer designado y que en el exterior influiría en punto de ceremonial diplomático. A los palacios de los cuatro presidentes suramericanos llegaría el nuéstro con el carácter de presidente en uso de licencia.

Sí, como me atrevo a pensarlo, ese permiso es cosa distinta de la licencia, el primer magistrado lleva latente su derecho a ejercer, viaja notoriamente como soberano; pero se produce un caso sui generis de falta temporal, que también exige en el interior el llamamiento del primer designado y que en el exterior da al presidente claro carácter de embajador augusto y representativo. Desempeñará entonces, como jefe de Estado, no como ministro plenipotenciario, un alto papel de buena voluntad internacional.

Mientras el presidente se halle en uno de los cuatro países que intenta visitar, su calidad de soberano en viaje lo guarece dentro de la ficción jurídica denominada extraterritorialidad, que algunos autores modernos llaman más exactamente inmunidad de jurisdicción, en virtud de la cual estará fuéra del poder jurisdiccional del Estado en cuyo territorio habite. En el derecho moderno la extraterritorialidad es un equipo de privilegios más bien que una prolongación ideal del territorio.

Esta inmunidad consiste sólo en que el presidente estará, salvo en lo que concierne a adquirir derechos civiles, al margen de la jurisdicción penal o civil del Estado en donde se encuentre. Nada menos y nada más. El no podría renunciar a esa inmunidad ni reducirla, porque no se le otorga en consideración a su persona sino a la del país que preside. Tampoco podría ampliarla, porque constituyendo una derogación al principio de la soberanía territorial, es forzoso entenderla con criterio restrictivo. La extraterritorialidad es pasiva, no activa. Se finge que la persona está fuéra del territorio, para el solo efecto de no considerarla bajo el imperio de autoridades locales, pero en modo alguno para permitirle que ejerza la soberanía de su propio país desde la tierra extraña que la alberga.

En toda nación hay cierta voluntad superior a las voluntades individuales, que no reconoce otra concurrente en cuanto a las relaciones que rige. Es la soberanía, que asume la autoridad de gobernar a determinado grupo humano, en un territorio fijo, por medio de la libertad dentro del orden, como enseña nuestro escudo. Este poder po-

lítico se ejerce en el seno del territorio nacional.

La soberanía tiene dos faces: una interior, intrínseca, inmanente, o sea el derecho de mandar a todos los individuos que componen la nación, y aun a los extranjeros residentes en el territorio. Otra exterior, extrínseca, transeúnte, o sea el derecho de representar al Estado o de comprometerlo en sus relaciones con los otros Estados. El gobierno es la soberanía en acción.

Pienso que si el presidente quisiera gobernar a Colombia desde la ciudad de Lima, pongo el caso, lastimaría la soberanía del Perú y sometería a nuestro país a una verdadera capitis diminutio. Ni allá tolerarían aquello ni acá entenderíamos cómo pueden obligarnos órdenes dictadas en el extranjero. Hé aquí dos consecuencias naturales de la soberanía intangible de los Estados y del carácter territorial que esencialmente inhiere a la soberanía.

Creo que el ejercicio en el exterior de la soberanía inmanente, implicando una indebida ampliación de la extraterritorialidad, podría menoscabar el poder soberano del otro país. Aunque es cierto que los jefes de Estado no se hallan sometidos a la jurisdicción territorial extranjera, también lo es que ellos no tienen el ejercicio de ningún derecho de autoridad ni siquiera sobre las personas de su séquito. Recuérdese que alguna vez se opuso el gobierno británico a la ejecución de una persona de la comitiva del Shah de Persia, que éste condenó a muerte durante su permanencia en Inglaterra. Antecedente muy significativo en el campo del derecho internacional.

Creo asímismo que sería injurídico el ejercicio en el exterior de la soberanía transeúnte —ratificación de tratados de paz, dirección de relaciones diplomáticas y comerciales, celebración de convenios con potencias extranjeras, etc., etc.—, pero ningún principio se opone a que el presidente inicie conversaciones sobre asuntos internacionales.

Si mientras permanezca fuéra del país no es dable al presidente ejercer la soberanía interior ni la exterior, y si el ejercicio de la plena autoridad presidencial no puede paralizarse un solo instante, me parece claro que durante su ausencia corresponde el ejercicio del poder al primer designado.

Se dirá que pudiendo los ministros, como jefes superiores de administración, ejercer en ciertos casos la autoridad presidencial, según lo disponga el presidente, como lo prevé el artículo 135 de la carta, mientras dure la ausencia del jefe procedería una especie de mandato delegado en que cualquiera de los ministros del despacho recibiese el encargo de dar curso a los negocios urgentes.

Esta solución no sería científica.

El presidente no puede en ningún caso delegar ciertas atribuciones, según lo prescribe el artículo 69 del código político y municipal. Y no siéndole posible delegarlas todas, ocurriría que durante algún tiempo corto o largo, su extensión no tiene importancia jurídica, se ofrecería el adefesio de que en el país resultara parcialmente paralizado el ejercicio de la soberanía en su función de gobernar y administrar, función que por esencia debe ser permanentemente plena.

No es la urgencia el criterio legal para saber cuáles atribuciones del presidente son delegables y cuáles indelegables.

La presunta duración de la ausencia carece aquí de significado jurídico. Lo esencial es que en todo momento haya en el territorio nacional quién esté capacitado para ejercer con plenitud la función ejecutiva del poder público.

Aparte de estas razones teóricas y de alguna otra de orden práctico a que aludiré luégo, milita contra la delegación el que ésta no puede concebirse jurídicamente en forma que el delegatario pueda hacer lo que no podría ejecutar el propio delegante, como sería el caso mientras el presidente se halle en territorio extranjero. El delegante estaría imposibilitado, por motivos de índole constitucional e internacional, para revocar la delegación y para reformar o revocar lo que el delegatario hiciera.

La observación de orden práctico es ésta:

El artículo 67 del código político y municipal dice que "el presidente puede delegar a sus subalternos determinadas funciones, detalladas expresa y minuciosamente, salvo los casos prohibidos por la constitución y las leyes".

"Detalladas expresa y minuciosamente", dice la ley. Yo tengo la curiosidad de saber quién haría a priori una minuta detallada, expresa y minuciosa de las funciones gubernativas y administratorias que será preciso ejercer durante la ausencia del primer magistrado.

El designado que se encargue de ejercer la función ejecutiva tendrá la misma preeminencia y las mismas atribuciones que el presidente, cuyas veces desempeña, según lo prescribe el artículo 126 de la carta fundamental. Dentro de mi tesis, esta igualdad de ventajas y preferencias no entraña la más tenue antilogía, porque el ejercicio del designado principia en el momento en que el presidente traspasa la frontera, y concluye desde el momento en que el mismo

funcionario vuelve a pisar el territorio de su jurisdicción.

Torno a decir que dentro de mi tesis no ocurre la colisión de facultades ni se ofrece la república de dos cabezas, cuya visión pudiera desconcertar a quienes sostienen ideas distintas de las que yo me he permitido exponer. Un designado en ejercicio no es un presidente de república, así le corresponda ejercer la función ejecutiva por muerte del titular, renuncia aceptada, destitución por sentencia, permanente incapacidad física, o abandono del puesto. Un designado es persona que ejerce la función ejecutiva en los casos de falta absoluta o temporal del presidente. Como la ejercen en subsidio, los ministros en el orden que establezca la ley, y en su defecto, los gobernadores siguiendo el orden de proximidad de su residencia a la capital de la república. No habría, por lo tanto, dos presidentes en ejercicio, sino un presidente en viaje, ejerciendo en su calidad augusta de embajador representativo actos de buena voluntad internacional, y un designado en la silla, ejerciendo dentro del país la soberanía en sus faces inmanente y transeúnte.

Este desdoblamiento del poder no es una concepción mía. Se halla en varias cartas de Colombia. Para no citar sino la de 1886, recuerdo que el artículo 120, en su ordinal 9º, señala al presidente de la república, como suprema autoridad administrativa, el dirigir las operaciones de la guerra como jefe de los ejércitos; pero advierte la carta que si el presidente ejerciere el mando militar fuéra de la capital, quedará el vicepresidente encargado de los otros ramos de la administración. Todos sabemos que la vicepresidencia de 1886 corresponde en líneas generales a la designatura de 1910. No me interesa averiguar si ese ordinal 9º del artículo 120 está o no está en vigor. Para mi intento basta advertir que el principio de desdoblamiento de la presidencia, de cooperación en el ejercicio del poder, de comunidad reglamentada en el mando, no es un principio ajeno de nuestras normas institucionales.

Estas observaciones desvanecen cualquier escrúpulo que se fundara en la igualdad de ventajas y preferencias entre el presidente y el designado, reconocida por el artículo 126 de la carta fundamental.

He redactado mi informe a la luz del derecho constitucional colombiano, como si dijera dentro de Colombia constitucional, y también a la luz de ciertos principios clásicos en derecho internacional público. Aquella ciencia de organización interna y esta otra reguladora del intercambio entre los Estados, me hacen creer que mientras nuestro presidente se halle en el extranjero, estará privado del ejercicio de la soberanía en su faz inmanente y en su faz transeúnte. Me parece que es la natural consecuencia de ser popular el origen de nuestra soberanía, y de las normas tradicionales del derecho de gentes.

Pero no se me oculta que siendo el derecho internacional público un derecho de coordinación y no de subordinación, puede sostenerse que un presidente de república está en capacidad de ejercer temporalmente algunas funciones de soberanía transeúnte desde país extranjero, hasta dónde se le permitan la constitución y las leyes de su propio país, y en cuanto ello no venga en detrimento de la personalidad esencial del Estado en donde reside. Esta tesis quizás hallaría explicación al tenerse en cuenta que la soberanía es un *imperium* sobre las personas más bien que un *dominium* sobre el territorio.

Tampoco se me oculta que el derecho internacional, conjunto de casos y de reglas variables con las mudanzas de la civilización y con las necesidades de los tiempos, está sujeto a transformaciones.

Siendo esto así, y haciéndose todos los días más frecuentes los viajes de los soberanos, no me obstino en que mi tesis rígida deba prevalecer en la corte. Si ésta, separándose de mis puntos de vista, acogiera la tesis de que el presidente puede ejercer en el extranjero la soberanía transeúnte —dirigiendo desde tierra extraña las relaciones diplomáticas y comerciales con las demás potencias soberanas, nombrando los agentes respectivos y celebrando tratados y convenios—, esa tesis también llevaría forzosamente a la conclusión que propongo en este informe, porque significaría entonces que en el desdoblamiento de poder, o cooperación de ejercicio a que he aludido, el designado ejercería en Colombia la soberanía inmanente mientras el primer magistrado ejercería fuéra de Colombia la soberanía transeúnte.

Si la corte cree que el presidente, al faltar del país no falta del solio, debe abstenerse de ejercer la atribución que le señala el artículo 31 del código judicial. Pero si cree que la suspensión del ejercicio o su limitación a la soberanía transeúnte, y la ausencia física del país, significan falta temporal del presidente, debe llamar al primer designado.

En mérito de lo expuesto, vuestra comi-

sión, en informe de minoría, se permite proponeros:

"Dígase al señor ministro de gobierno, en respuesta de su nota fechada el 6 de los corrientes, distinguida con el número 368, que cuando la corte suprema tenga noticia de que el señor presidente se ausentó del país, considerará que ha ocurrido un caso de falta temporal sui generis de este funcionario, y llamará al primer designado para que lo reemplace mientras dure la ausencia".

Bogotá, mayo 12 de 1936.

Vuestra comisión,

Miguel Moreno J.

INFORME DEL MAGISTRADO DOCTOR PEDRO A. GOMEZ NARANJO

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.

Honorables Magistrados:

El señor Presidente de la República ha comunicado oficialmente a la Corte, por conducto del señor Ministro de Gobierno, que el Senado de la República le ha concedido dos permisos para visitar en el curso del presente año las Repúblicas que formaron la Gran Colombia y la República del Perú. El señor Ministro, en la nota que dirigió al señor Presidente de la Corte, dice lo siguiente:

"El Presidente de la República efectuará sus visitas a Ecuador, Panamá, Venezuela y Perú por la vía más rápida que sea conveniente, de manera de no permanecer fuéra del territorio nacional sino por pocos días.

"El Gobierno desea que la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la misión que en buena hora le confirió el constituyente de 1910 para la guarda de la integridad de la Constitución, conceptue si es el caso de llamar al primer Designado a ejercer el Poder Ejecutivo, en el evento de que considere que va a producirse una falta temporal del Presidente de la República en los diferentes períodos en que estará ausente del país el primer Magistrado.

"Si esa falta temporal no se produce, puede el Presidente delegar en uno de los Ministros el despacho de los asuntos urgentes de la Administración, mientras esté ausente de la capital de la República, de conformidad con lo estatuído por el artículo 135 de la Constitución Nacional?"

Después de estudiar detenidamente la cuestión, pasamos a rendiros el informe correspondiente, en desempeño de la comisión que nos fue conferida.

La primera cuestión que se debe decidir es la de si la Corte tiene competencia para resolver la consulta formulada por el señor Ministro de Gobierno.

En tesis general, la Corte no puede resolver consultas, porque el cuerpo consultivo del Gobierno es el Consejo de Estado, conforme al artículo 6º, numeral 1º, del Acto Legislativo de 1914.

Tampoco puede la Corte decidir la cuestión en virtud de la facultad de guardián de la Constitución, como lo dice la nota del señor Ministro de Gobierno, porque el artículo 41 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 determina claramente sus atribuciones en tan delicada materia, entre las cuales no está la de interpretar la Constitución por vía de consulta del Gobierno.

Pero conforme al artículo 31, numeral 2º, del C. J., la Corte debe entrar a estudiar y a definir la cuestión propuesta por el Gobierno, en atención a que el señor Presidente de la República le da aviso por conducto del señor Ministro de Gobierno, de que va a hacer uso del permiso que le confirió el Senado para visitar algunas de las Repúblicas amigas de Colombia, con lo cual ha planteado una cuestión de hecho que permite a la Corte entrar a dilucidar el punto.

La disposición mencionada dice así:

"Art. 31.—Corresponde también a la Corte en pleno:

"1º .....

"2º—Llamar al funcionario que debe reemplazar al encargado del Poder Ejecutivo, en los casos previstos por la Constitución".

El caso que se estudia es uno de los previstos por la Constitución, en el artículo 32 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, y por tanto, a la Corte le corresponde resolver quién debe reemplazar al señor Presidente de la República durante su ausencia, para llamar al Designado, si es el caso, o expresar al Jefe del Estado el concepto de la corporación sobre que puede delegar las atribuciones presidenciales necesarias en uno de sus Ministros, para que lo reemplace, si se con-

sidera que ésta es la solución jurídica del asunto.

Cuatro situaciones se contemplan en la Constitución en relación con el Presidente de la República: 1ª—Cuando sale del territorio de la Nación durante el ejercicio de su cargo, con permiso del Senado, conforme al artículo 32 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910; 2ª—La de licencia temporal concedida por el Senado, o por la Corte, en receso de aquél, según el artículo 123 de la Constitución; 3ª—Cuando por motivos de enfermedad deja de ejercer el Poder Ejecutivo dando previo aviso al Senado, o, en receso de éste, a la Corte Suprema, al tenor del mismo artículo 123, y 4ª—La de falta absoluta, que determina el artículo 26 del Acto Legislativo citado. Los casos 2ª y 3ª constituyen falta temporal. En ellos lo reemplaza el Designado, con arreglo a la última disposición mencionada, lo mismo que en los casos de falta absoluta, que son los siguientes: muerte, renuncia aceptada, destitución decretada por sentencia, incapacidad física permanente y abandono del puesto, declarados estos dos últimos por el Senado.

En el caso que se estudia, el Presidente de la República va a salir del país, con permiso especial concedido por el Senado, para visitar las Repúblicas que formaron la Gran Colombia y la del Perú, y es obvio que su ausencia no constituye falta temporal ni absoluta. Va el Presidente en ejercicio de sus funciones, en su calidad de Jefe del Estado, llenando la formalidad previa que establece la Carta. En tal evento no puede entrar a reemplazarlo el Designado, porque perdería el Presidente su investidura y no podría cumplir la misión que autorizó el Senado de llevar la representación del país a los Gobiernos de las Naciones amigas a las cuales va a visitar. En esa situación, el Presidente debe hacer uso de la facultad que le confiere el Art. 135 de la Constitución.

Las visitas de los Jefes de Estado a otros países son aceptadas por los principios del Derecho internacional y han sido practicadas con especial frecuencia desde los principios de este siglo, en Europa y América, por representantes de naciones cuyas constituciones no tienen textos expresos que permitan el ejercicio de los cargos fuéra de los respectivos territorios. Se ha considerado que en esas visitas los Jefes de Estado representan directamente a la nación, y es a ese título como gozan de ciertos derechos y prerrogativas en relación con los demás miembros de la sociedad internacional. Sobre este particular dice el señor Blanco y Suárez en su moderna obra sobre Derecho Internacional Público:

"Es al representante del Estado a quien se tributan los honores y homenajes y se conceden inmunidades y privilegios, y no a la persona, cualquiera que sea el título de que se halle investida. De suerte que al cesar, por un motivo cualquiera, en el ejercicio de sus funciones un Jefe de Estado, cesan ipso-facto los privilegios que el Derecho Internacional y la costumbre entre las naciones han consagrado en su favor".

Los actos que ejecuta un Jefe de Estado en territorio extranjero, cuando se halla en ejercicio de funciones oficiales, como en el caso de visitas de cortesía a los Gobiernos de naciones amigas, sólo pueden tener efecto en su propio país y de acuerdo con la Constitución y leyes que lo rigen, sin que pueda sostenerse que con tales actos se viola el principio de la soberanía de los demás Estados.

Esta doctrina ha sido aceptada por los más modernos expositores de derecho internacional. Franz von Liszt, en su obra "Derecho Internacional Público", se expresa así: "La posibilidad de que el Jefe del Estado despache asuntos de Gobierno en el extranjero, depende exclusivamente de la Constitución de su Estado; no hay, desde luego, obstáculo internacional".

Esmein expresa sobre el particular conceptos trascendentales. Considera este autor que si se consulta el derecho de la edad media, feudal, romano o canónico, se ve que no admitía que una autoridad cualquiera, salida del territorio, pudiera hacer válidamente un acto de jurisdicción o de soberanía. Era porque la autoridad pública en el régimen feudal había tomado un carácter territorial exagerado; era la tierra la que daba el derecho de gobernar. Fuéra del territorio, el Jefe de Estado no podía usar de su autoridad sobre los habitantes. Se refería esta idea a ciertos textos del derecho romano que dicen que el gobernante salido de su provincia no es más que un simple particular. Pero el derecho moderno no tiene esas limitaciones. Admite que la ley nacional siga al ciudadano en el extranjero; que si el Jefe de Estado puede residir en el extranjero, puede también desde allí dar una orden o una firma que sin duda no tienen autoridad sino desde que traspasen las fronteras del territorio nacional.

Para que la Corte Suprema de Justicia pudiera llamar al Designado a ejercer el Poder Ejecutivo, se necesitaría que el Presidente de la República hubiera solicitado

licencia para separarse temporalmente del cargo, lo cual no ha ocurrido. En tal evento, el Presidente de la República no podría verificar las visitas anunciadas sino en su carácter particular, y no con la investidura de su cargo, porque en un régimen presidencial como el nuéstro no se puede concebir la coexistencia de dos Jefes de Estado en ejercicio simultáneo de funciones. No se debe perder de vista que en caso de falta temporal conforme al artículo 126 de la Constitución, "el encargado del Poder Ejecutivo tendrá la misma preeminencia y ejercerá las mismas atribuciones que el Presidente, cuyas funciones desempeña".

Sobre el artículo 26 de la Constitución dice lo siguiente el señor Samper, uno de los autores de la Constitución de 1886:

"Lo que constituye la categoría del Presidente, es la importancia de las funciones que ejerce, como director político de la Nación y Jefe del Poder Ejecutivo. De aquí, y no del modo de su elección, provienen sus prerrogativas, su autoridad, el título que lleva, y todo lo que es consistente a su elevada posición. Por lo tanto, es rigurosamente lógica y racional la disposición de este artículo, y conforme a él, el encargado del Poder Ejecutivo, sea quien fuere, es el verdadero gobernante, y como tal, tiene la misma preeminencia y ejerce las mismas atribuciones que el Presidente, a quien reemplaza".

El concepto de que el Presidente puede salir del país como embajador augusto o representativo, quedando el Designado en ejercicio del Poder, no es jurídico, porque el encargado de la Presidencia ejerce la plenitud de la autoridad presidencial y a él le corresponde —por tanto— la dirección de las relaciones diplomáticas. Para que el Presidente retirado del poder por falta temporal pudiera viajar con la calidad de embajador, se necesitaría designación especial del encargado del Poder Ejecutivo, quien no le podría dar otra calidad ni representación distinta de la de Agente diplomático.

En mérito de lo expuesto, vuestra comisión tiene el honor de proponeros:

"Envíese al señor Ministro de Gobierno copia de este informe como contestación a su comunicación número 368 de seis de los corrientes".

Honorables Magistrados,
Vuestra Comisión,

Pedro A. Gómez Naranjo

Bogotá, mayo 11 de 1936.

República de Colombia.—Ministerio de Relaciones Exteriores.—Nº 679.—Bogotá, junio 3 de 1936.

Señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia. E. S. D.

El señor Presidente de la República ha agradecido vivamente su atenta comunicación del 13 de mayo último, dirigida al señor Ministro de Gobierno, en la cual se dignó usted transcribir la determinación de esa honorable Corte relativa a la forma como ha de ser reemplazado el Jefe del Estado durante su viaje a las naciones bolivarianas.

La resolución de la Corte expresa que "durante el tiempo en que el señor Presidente de la República se halle ausente en ejercicio de las altas funciones constitucionales a que se refieren los permisos que solicitó y obtuvo del Senado, el llamado a encargarse de los otros ramos de la Administración es el primer designado o quien haga sus veces, siendo entendido que el Excelentísimo señor Presidente de la República, al ausentarse del país, no pierde la investidura ni las preeminencias y prerrogativas que tiene como Jefe del Estado"; y como la frase "de los otros ramos de la administración" pudiera dar lugar a equívocos, por no desprenderse claramente de la decisión premencionada cuáles son esos ramos, ni cuáles las funciones que ha de ejercer el señor Presidente de la República, me permito solicitar por su digno conducto de la honorable Corte Suprema una aclaración o complemento de su dictamen en el sentido de fijar cuáles son los ramos de la administración que habrá de regir el Primer Designado y cuáles continuarán bajo la dirección del señor Presidente de la República.

Agradeceré vivamente a la honorable Corte la resolución de esta respetuosa solicitud y me suscribo su atento y seguro servidor,

Jorge Soto del Corral

Corte Suprema de Justicia.—Nº 153.—Bogotá, 5 de junio de 1936.

Señor Ministro de Relaciones Exteriores.—E. S. D.

Señor Ministro:

Me es grato referirme a su atenta nota número 679, de 3 del mes en curso, la que oportunamente hube de poner en conocimiento de la corporación que presido.

Comisionados los honorables Magistrados doctores Antonio Rocha y Eduardo Zuleta Angel para estudiar el contenido de esa comunicación e informar sobre el particular, previa una exposición de motivos cuya copia tengo el honor de acompañarle, formularon la siguiente proposición, que fue aprobada por la Corte:

"Contéstese al señor Ministro de Relaciones Exteriores su atenta nota de fecha 3 de los corrientes, expresándole que la Corte Suprema de Justicia ratifica la resolución a que el señor Ministro se refiere, en el sentido de que el señor Presidente de la República, al ausentarse del país, en virtud de los permisos concedidos por el Senado, no pierde su carácter de Supremo Director de las Relaciones Diplomáticas, y lleva consigo todas las atribuciones constitucionales y legales conducentes a los fines de la visita internacional para que lo autorizó el Senado".

El honorable Magistrado doctor Moreno Jaramillo salvó su voto dejando un testimonio que textualmente dice:

"He dado mi voto negativo a la resolución aclaratoria, como se lo dí también negativo a la resolución aclarada, porque si bien creo que el señor presidente no pierde durante su visita internacional la investidura de jefe de Estado, lo cual habrá de caracterizarlo como embajador augusto y representativo, también juzgo que tal funcionario no puede ejercer fuéra de Colombia la soberanía nacional colombiana en su faz inmanente ni en su faz transeúnte. En este orden de ideas, quizá erróneas, pienso que la corte carece de potestad para dividir la función ejecutiva entre el presidente y el primer designado, señalando el fragmento de soberanía que a cada uno corresponde. Ella ejerció ya con acierto la atribución de llamar al reemplazo del doctor López. Ahí debió parar. Que uno y otro empleen su propio criterio para acomodar el llamamiento a sus hechos peculiares. Si el caso llegare, la corte los juzgará por el tanto de culpa que les corresponda. Quién sabe cuántas sorpresas guardará el tiempo a nuestra democracia si generalizándose entre los dos poderes la inteligencia a priori sobre puntos constitucionales, llega a ocupar el solio un presidente inescrupuloso servido por alguna futura corte complaciente".

Y el honorable Magistrado doctor Mújica explicó su voto así:

"El Magistrado, doctor Mújica, ha dejado constancia de que como él profesa la tesis democrática integral, uno de cuyos efectos consiste en que el señor Presidente de la República viajara por los países bolivarianos llevando consigo todos sus poderes y facultades, puesto que el Jefe del Estado colombiano no puede conservar el carácter de

tál sino por razón del ejercicio pleno del haz de funciones constitucionales á él adscritas exclusivamente, votó, sin embargo, en sentido afirmativo, la resolución transcrita, sobre la base de que ella es la resultante más jurídica y real en lo posible, de la primitiva actitud, que en todo caso respeta, tomada por la Corte, contra la voluntad expresa de aquel magistrado".

Del señor Ministro obsecuente servidor,

Pedro Alejo Rodríguez

INFORME DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ANTONIO ROCHA Y EDUARDO ZULETA ANGEL

"En cumplimiento de la comisión que se sirvió conferirnos el señor presidente de la corporación con respecto a la solicitud que, en nota de 3 de los corrientes, hizo el señor Ministro de Relaciones Exteriores, para que se aclarara o complementara la resolución tomada por la Corte con motivo de la próxima visita internacional del Excelentísimo señor Presidente de la República, tenemos el honor de exponeros lo siguiente:

Al tomar la Corte la aludida determinación partió, como tenía que partir, de la base estrictamente jurídica, e inspirada en la concepción teleológica tan insistentemente destacada por la ciencia contemporánea en todos los ramos del derecho, de que es la finalidad a que obedece la visita aludida la que debe servir de criterio supremo para la determinación de las funciones presidenciales que haya de seguir ejerciendo el Excelentísimo señor Presidente fuéra del territorio nacional, ya que de otra parte, si se tiene en cuenta la situación de hecho en sí misma —que no es ni puede ser extraña en estos casos a la respectiva resolución jurídica— se llega a la conclusión de que son precisamente esas funciones conducentes a la expresada finalidad las que el Excelentísimo señor Presidente, durante su ausencia del país, puede cumplir plenamente, sin inconveniente alguno de hecho y con todos los necesarios elementos de información y de juicio.

Es obvio que el Senado de la República le concedió al Excelentísimo señor Presidente los permisos a que alude la nota del señor Ministro de Relaciones Exteriores en consideración a la finalidad de la visita proyectada y que por consiguiente la Corte, al condicionar como lo hizo el llamamiento al primer Designado en el sentido de no entorpecer la realización de dicha finalidad, tuvo en cuenta que ésta fue la determinante de la proyectada visita y asímismo, como es natural, la determinante del permiso del Senado.

Por otra parte, es claro que no pueden ser ajenas a la realización de la referida finalidad las funciones que al presidente competen, como Supremo Director de las relaciones diplomáticas y que por consiguiente durante su visita internacional tiene que conservar este carácter, pues de lo contrario tal visita carecería de sentido y de objeto, comoquiera que ante los países que el excelentísimo señor Presidente piensa visitar tiene la república Agentes diplomáticos con atribuciones y poderes ordinarios.

Como la Corte no es cuerpo consultivo del Gobierno ni podría, dentro de sus atribuciones legales, hacer, con relación a este asunto, cosa distinta de la que ya hizo; expresar su determinación de llamar al primer Designado en las condiciones que en la respectiva resolución se indican, no es posible ni complementar ni adicionar el contenido de la determinación que ya tomó haciendo un deslinde detallado entre las atribuciones que conservará el señor presidente y las que entrará a ejercer el primer Designado. Pero en cambio sí cree vuestra comisión que es procedente y legalmente posible destacar simplemente, por vía de aclaración y sin que con ello se modifique ni se altere la resolución mencionada, el criterio en que ésta se inspiró y la razón a que obedeció la alusión que allí se hizo al 'ejercicio de las altas funciones constitucionales a que se refieren los permisos que solicitó y obtuvo del Senado' el excelentísimo señor Presidente de la República".

(Fdos.) Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Angel.

SALA DE CASACION CIVIL

AGUAS.—DEMANDA SOBRE USO DE UNAS AGUAS Y SOBRE DEVOLUCION DEL SOBRANTE

Al estimar probada el Tribunal la excepción de petición de un modo indebido, porque consideró que el derecho al uso de las aguas le correspondía a una comunidad para la cual no se había pedido, cometió un error evidente de derecho, porque los artículos 677, 892 y 893 del C. C. no hablan de uso COMUN, ni crean la figura jurídica de COMUNIDAD. La ley no establece la condición de que el predio inferior necesite las aguas para subordinar a esa necesidad la obligación que tiene el superior de devolver el sobrante al cauce acostumbrado. No se necesita la comprobación de un interés SERIO Y DIRECTO que tenga un demandante para el uso de las aguas, pues le basta demostrar su calidad de propietario ribereño para que quede investido de la personería suficiente, aunque no emplee el agua en beneficio de su finca. No es admisible la defensa del demandado de que con la parte del sobrante de aguas que devuelve satisface el actor sus necesidades de ribereño, para librarse de la obligación de volver al cauce el sobrante. El uso que de las aguas pueden hacer los ribereños está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Cuando una población o caserío necesite usar las aguas no puede hacerlo MANU MILITARI, sino previo el juicio correspondiente de expropiación y previa la indemnización que se fije. Ese derecho de indemnización está limitado por razón de las personas cuyos predios tengan derecho al uso de que los priva el pueblo, población o caserío, y por razón del INMEDIATO PERJUICIO. El propietario del predio inferior y, en ciertas ocasiones, el no ribereño, tiene contra el pueblo, población o caserío la acción de indemnización de perjuicios cuando realmente los sufre con la privación de las aguas, pero no tiene acción para oponerse al uso que necesite el Municipio, por ser preferente el derecho de éste. La obligación del dueño del predio superior de volver el sobrante de aguas al cauce acostumbrado es inherente e inseparable del derecho a servirse de ellas que le reconoce el art. 882 y en su caso el 892 del C. C. La prescripción de ese derecho SUI GENERIS no es en favor sino en contra del predio superior. Y si cumplese esa excepción se consumaría tal como el derecho le limita, es decir, siempre con la obligación de volver el sobrante. La obligación de devolver el sobrante que impone el artículo 892 NO ES PASIVA, ES ACTIVA: no es la de DEJAR CORRER, sino la oficiosa de "HACER VOLVER" el sobrante al cauce.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

HECHOS

1º—La Ayurá es una corriente de agua de las de propiedad nacional y uso público.

2º—La señora Mercedes Saldarriaga de Botero es dueña de dos predios: uno, ribereno de La Ayurá, de pequeñísima extensión, sin nombre, en donde existe una represa o bocacaz que capta aguas de la quebrada y luégo, por un acueducto propio de dicha señora, van, a través de predios de terceros, a otro predio de la misma señora, denominado Andalucía, que las usa para menesteres domésticos, riegos, etc. La finca de Andalucía no es, pues, ribereña de La Ayurá.

El pequeño predio en que está la represa fue adquirido en propiedad por la señora Saldarriaga de Botero en 1912. Pero la finca de Andalucía usufructúa las aguas, y se sirve del acueducto, desde 1842.

Todo en jurisdicción del municipio de Envigado.

3º—En los años de 1872 y 1874, el Poder Judicial dictó sentencias, en juicios debatidos con terceros extraños a los demandados en el presente, que declara que las aguas conducidas por dicho acueducto, y el acueducto mismo, eran de propiedad de uno de los antecesores de la señora Saldarriaga de Botero en el dominio de la finca de Andalucía.

4º—En los terrenos riberanos de La Ayurá funciona la fábrica de Hilados y Tejidos de Rosellón, que usa aguas de esa quebrada y con ellas mueve sus maquinarias, desde 1912 o 1915.

La fábrica de Rosellón tiene una posición superior a los dos predios de la señora Saldarriaga de Botero, y la represa (bocatoma) que capta las aguas para la fábrica está construída más arriba de la represa que las toma para Andalucía.

Una vez usadas las aguas por la fábrica, vuelve una cuarta parte del total, más o

menos, al cauce de La Ayurá, antes de la represa (bocatoma) para Andalucía, y las tres cuartas partes restantes van a la población de Envigado, también por el acueducto artificial. La compañía de Tejidos de Rosellón no devuelve, pues, al cauce de la quebrada sino una porción del sobrante.

5º—Por su parte, la población de Envigado se sirve de las aguas de La Ayurá por dos conductos: por la mencionada derivación, de la mayor parte del sobrante de la fábrica de Rosellón, y ya se dijo que Rosellón tiene su acueducto desde 1912 o 1915; y por otro acueducto, propio de Envigado, muchísimo más antiguo que el de Rosellón, y no se sabe si anterior al de Andalucía, que ya existía, éste último en 1842. El acueducto principal de Envigado se toma directamente del propio cauce de La Ayurá, abajo de la represa de Rosellón y arriba de la de Andalucía.

6º—La toma de aguas la describe así el Tribunal Superior de Medellín, según la inspección ocular que verificó el día 13 de octubre de 1932:

"a)—En el trayecto de la quebrada La Ayurá existen cuatro tomas en este orden, siguiendo el curso de las aguas, así: la de la fábrica de Rosellón; la de la población de Envigado: la de Rubén Uribe y la de la señora Saldarriaga v. de Botero.

b)—El agua que va a la fábrica de Rosellón es por acueducto artificial. Dentro del predio de la fábrica hay dos compuertas que dan salida a la totalidad del agua que capta la fábrica; la una que da salida a la que surte el municipio de Envigado y la otra a la que va a la quebrada.

c)—A la población de Envigado está yendo agua de la quebrada por dos partes y por dos acueductos distintos, así: una parte que es tomada directamente de la quebrada citada; y la otra parte de la que se usa en la fábrica de Rosellón.

d)—Se observó que en el acueducto que va de Rosellón a Envigado hay una filtración y varios desagües que pasan por debajo de éste y todos van a la acequia de Rubén Uribe; se observó, además, que al pie del desarenadero de este acueducto hay unos atanores perforados, que indican que cuando el tanque reboza bota agua por este atanorado y por la perforación va también a la acequia de Uribe. Por ese mismo atanorado corre el agua cuando se está desarenando el tanque.

e)—La toma de la señora Saldarriaga está a tres cuadras más o menos hacia abajo de la toma de Uribe, toma aquélla que se halla al frente del predio de herederos de Germán Uribe, según manifestación que se hizo allí, y sigue por terreno de Salvador Calle hasta entrar a terrenos de la citada señora. Examinando la acequia del agua que va para Andalucía se observó que esa agua es dividida, siguiendo una parte para la finca, y otra para los comuneros en cantidad de treinta y ocho pajas. El señor Botero manifestó en este acto, que él, como comunero, también tenía derecho a usar de esta última agua (la de los comuneros). Se observó que en el predio de Rosellón existe un cauce viejo que termina cerca a la bocatoma de Uribe; pero que, como se dijo al principio, una parte del agua usada en la fábrica vuelve directamente al cauce de la quebrada. Se observó, además, que entre los dos acueductos que llevan agua a la población existen dos conductos para unirlos según las necesidades; así lo expresó el señor Personero municipal. El doctor Alfonso Restrepo Moreno y el Personero municipal dejan constancia de que el agua vuelve a su cauce dentro del predio de Rosellón, por convenio entre el administrador de la fábrica y el mayordomo de los Boteros".

Hasta aquí la inspección ocular del Tribunal, practicada dentro del juicio. Complementa la información otra inspección extrajuicio de fecha 4 de septiembre de 1930, del Juez 1º del Circuito de Medellín, ante testigos, pedida por la señora Saldarriaga v. de Botero, con citación y audiencia del Gerente de la Compañía de Tejidos de Rosellón y del Personero municipal de Envigado, y que, en lo relativo a las constancias observadas que se van a transcribir, no ha sido contradicha. Dice el acta:

"2º—El agua que toma la fábrica de tejidos de Rosellón va a dicha fábrica por un acueducto artificial, y después de usada en dicha fábrica se distribuye así: una parte, que es más o menos la cuarta parte del total que se toma en la quebrada, va a caer a correderos de la quebrada sin que llegue a su lecho principal, y el señor Rubén Uribe se vale de esta circunstancia para llevar esas aguas a su acequia. El resto va a la población de Envigado, por acueducto que no se junta con el otro acueducto que lleva las aguas directamente tomadas por el municipio de la quebrada" .....

..."8º—El agua que el municipio toma directamente de la quebrada de La Ayurá es más o menos la cuarta parte de la que toma la fábrica de Tejidos de Rosellón. En

cuanto a la cantidad que está yendo a la finca de propiedad de la señora Mercedes Saldarriaga v. de Botero, es muy difícil, sin un estudio más detenido, determinar su cantidad en relación con la que reciben el municipio, la fábrica de Rosellón y el señor Uribe. Pero lo que sí es evidente es que la finca de la señora Mercedes Saldarriaga v. de Botero está recibiendo una cantidad tan reducida que es absolutamente insuficiente para las necesidades de dicha finca. Prácticamente, y dada la circunstancia de que esa finca necesita agua para su máquina de moler caña y para los otros menesteres comunes, puede decirse que la finca no tiene hoy agua".

A consecuencia de la disminución de las aguas, que en épocas de verano, especialmente, son insuficientes para los menesteres de la finca de Andalucía, la señora Mercedes Saldarriaga de Botero demandó a la Compañía de Tejidos de Rosellón y al Municipio de Envigado, para que se declare judicialmente:

"1º—Que la señora Mercedes Saldarriaga v. de Botero, propietaria de la finca de Andalucía..., y sucesora actual de una cadena no interrumpida de dueños y poseedores de esa finca, tiene derecho de dominio sobre una parte de agua del caudal de la quebrada La Ayurá.

2º—Subsidiariamente, y para el caso improbable de que no se haga la declaración solicitada en el ordinal anterior: Que la misma señora, Mercedes Saldarriaga v. de Botero, dueña del lote alinéado... riberano de la quebrada La Ayurá, tiene derecho al uso de las aguas de la misma quebrada.

3º—Que, en todo caso, la Compañía de Tejidos de Rosellón está en la obligación de volver al cauce del riachuelo o quebrada La Ayurá, a la salida del fundo, las aguas que dicha compañía toma del expresado riachuelo o quebrada y usa en su fábrica de hilados y tejidos, obligación que la compañía debe cumplir dentro del término que se le fije en la sentencia; y

4º—Que la Compañía de Tejidos de Rosellón debe pagar las costas de este juicio, si se diere lugar a él".

SENTENCIA RECURRIDA

En su oportunidad procedimental y con fecha 30 de abril de 1934, el Tribunal Superior de Medellín falló el litigio en la forma y con las razones que en seguida se resumen:

El uso y goce de las aguas del acueducto artificial que va a la finca de Andalucía, se ejercita, dicho uso y goce, no sólo por la señora Saldarriaga de Botero, dueña de la finca, sino también por los particulares a quienes ella ha enajenado parte de esas aguas. De manera que, dice textualmente el Tribunal, "el título sobre derecho al uso de dichas aguas compete a una comunidad y, de consiguiente, al reclamarse una parte indeterminada de aquéllas como del dominio privado de la actora, se ha incurrido en petición de modo indebido, por cuanto no se ha designado la cuota precisa de su derecho, y al propio tiempo adolece de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, porque ha pedido para sí lo que sólo podría demandar la comunidad a que dieron orígen las enajenaciones efectuadas".

Además, dice después el Tribunal: "que debiendo considerarse la primera petición del libelo como una verdadera acción de dominio, y no habiéndose determinado la porción que trata de reivindicarse, la demanda es necesariamente ineficaz, por falta de singularización de la cosa, singularización que la misma ley exige para el buen éxito de la acción reivindicatoria, según se deduce del art. 946 del código civil".

Las consideraciones anotadas se refieren a la primera de las peticiones del libelo. En cuanto a las peticiones 2ª y 3ª, dice el Tribunal que adolecen de iguales defectos, porque el uso de las aguas que lleva el acueducto pertenece a una comunidad, en que la actora no es dueña del total, y no puede por tanto ejercer en su nombre las acciones que corresponden al sujeto activo del derecho, que es la comunidad.

Según el resumen del mismo Tribunal, concluye que no puede decretarse la primera petición, "porque no se ha demandado cosa singular, sino una porción indeterminada de las aguas", ni las otras dos, "por cuanto el derecho al uso, si legalmente existe en el caso de este pleito, le corresponde a una comunidad para quien no ha pedido la señora Saldarriaga de Botero".

Afirma el Tribunal que no avanza conceptos sobre la cuestión de fondo, la cual no queda juzgada.

Y como la sentencia de primera instancia había decretado lo pedido por la demandante, el sentenciador de segunda la revoca, y en su lugar declara probada la excepción de petición de un modo indebido, y no condena en costas al actor.

LA DEMANDA DE CASACION

Por medio de apoderado, la formula así la señora Saldarriaga de Botero, en síntesis:

Parágrafo 1º—Prescinde de atacar la conclusión del Tribunal relativa al punto primero petitorio; porque está de acuerdo con el sentenciador en que no cabe hacer el reconocimiento del dominio que demanda su representada sobre parte de las aguas de La Ayurá, debido a que esta solicitud de dominio y la consiguiente de restitución forman en conjunto la acción reivindicatoria del agua, y como la reivindicación no puede recaer sino sobre una especie de cuerpo cierto o sobre cuota determinada de una cosa común, el haberse omitido en la demanda la especificación de la parte de agua reivindicada o de la cuota de ella, conduce al fracaso de la acción.

Pero el recurrente no se conforma con el motivo que expone el sentenciador para llegar a ese extremo, sino que, por el contrario, lo impugna, y pide a la Corte su revisión para situar el problema en su verdadero terreno, pues si aceptara la idea de la comunidad de aguas consagrada en la sentencia, se vería en adelante privada de accionar en nombre propio para obtener el reconocimiento de su derecho, porque el fallo, por tal concepto, daría tránsito a cosa juzgada, dice.

La existencia de la comunidad de aguas, apunta el recurrente, la deduce el sentenciador de tres hechos: la venta de ocho plumas de agua hecha por la demandante; la confesión de su apoderado en el alegato de conclusión de primera instancia; y lo observado por el Tribunal en una inspección ocular. Al tomar esos hechos como prueba de la existencia de una comunidad, incurrió el Tribunal en los siguientes errores:

"a)—Sostener que la venta de unas pajas de agua convierte en comunidad el caudal de donde se derivan, error de hecho manifiesto;

"b)—Sostener que existe comunidad porque así aparece de la confesión del demandante, no obstante que las confesiones versan sobre hechos, no sobre concepciones jurídicas, error de derecho en la apreciación de la prueba.

"c)—Referir la confesión de comunidad a las aguas que van para Andalucía, cuando ella no versó sino sobre las aguas de la quebrada de La Ayurá en su lecho, y sobre las aguas que de Los Naranjos van a Envigado, error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba; y

"d)—Considerar que una inspección ocular es medio apto para establecer la existencia de una comunidad, error de derecho en la apreciación de la prueba."

Cada uno de estos reparos los amplía el recurrente. En cuanto al primero, marcado a), especialmente lo sustenta diciendo que una pluma de agua (que por escritura pública resulta vendida por la señora Saldarriaga de Botero a un tercero), es una cantidad determinada de ella, invariable, equivalente a 12 líneas de diámetro, no susceptible de aumentar o disminuir en proporción al manantial de que procede; en cambio, un derecho de copropiedad o comunidad en un caudal de aguas es una cuota de ese elemento variable en cantidad y susceptible de aumento o disminución según varíe el conjunto; el comunero tiene un derecho radicado en todas y cada una de las partes del todo; el dueño de una pluma de agua no tiene derecho alguno en el agua no copada por esa medida. El recurrente estima que el fallador quebrantó estos conceptos, al concluir que la venta de la pluma de agua convirtió el caudal en cosa común.

En cuanto a los reparos b) y c), ellos constituyen un resumen de la exposición en que el autor del recurso fija sus puntos de vista: la confesión sobre una calidad en derecho no obliga al sentenciador ni prueba los hechos de donde se predica, con error, el derecho; y en todo caso, la comunidad la predicó el apoderado de la actora sobre las aguas del lecho de La Ayurá, y sobre las que de Los Naranjos van a Envigado.

Y en cuanto al punto o reparo d), se tiene que ni la propiedad, ni la comunidad, ni las servidumbres, ni los usufructos, ni los fideicomisos, ni, en general, las figuras jurídicas se prueban con inspecciones oculares, las cuales sólo prueban hechos u omisiones. Que un caudal de aguas se bifurca en cierto punto, es hecho propio de una inspección ocular; asentar por la sola virtud de los sentidos externos que una de esas bifurcaciones constituye la figura jurídica de la comunidad, no es jurídico.

El recurrente, en esta primera cuestión, no cita disposiciones legales que directamente hayan sido violadas al cometer el Tribunal los errores de hecho o de derecho que le observa, ni las que indirectamente resulten quebrantadas por los varios aspectos que podrían haberlo sido. Unicamente pide, según ya se advirtió, que, verificado el error en la doctrina, se restablezca el verdadero fundamento de la conclusión del Tribunal, el cual, en su concepto, debió haber sido la falta de singularidad en la determinación del cuánto de aguas reivindicado.

Parágrafo 2º—Acción subsidiaria.—Que la demandante tenga derecho al uso de las aguas de La Ayurá para su predio riberano, y que la compañía demandada esté obliga-

da a volver al cauce acostumbrado las aguas de dicha quebrada que distrae para sus menesteres, dice el recurrente, son cuestiones axiomáticas, derivadas de los postulados acogidos por el legislador en los artículos 892 y 894 del C. C., violados de manera flagrante por el Tribunal de Medellín en el fallo recurrido.

Probado que la actora es propietaria de predio riberano de La Ayurá; que ese predio está más abajo de la finca de Rosellón; que esta empresa desvía las aguas de La Ayurá para sus menesteres, y que, en vez de devolverlas a la salida de su fundo, las envía para Envigado, es ineludible la conclusión de que el Tribunal violó directamente el artículo 892, inciso 2º del C. C., según el cual, el que se sirve de las aguas que corren naturalmente por su predio, "deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salidad del fundo". Por esa violación, concluye el demandante, acuso la sentencia recurrida.

En seguida censura el recurrente el motivo que llevó al Tribunal a desconocer el imperio del mencionado precepto sustantivo: la noción de comunidad, porque creyendo en ella concluyó que ha debido pedirse para la comunidad la devolución de las aguas al cauce común. Desarrolla así su pensamiento:

"Las aguas de una corriente natural son aguas comunes en cuanto a su uso, o por mejor decir, son de uso público, como lo preconiza el art. 677 del C. C., salvo los derechos que se hubieren adquirido con anterioridad al código, como es obvio y como lo reconoce el art. 684 de la misma obra. Por serlo nadie puede, salvo derechos adquiridos bajo otras legislaciones, apropiarse definitivamente dichas aguas, y contra el que lo haga, como la Compañía Rosellón, otorga la ley la acción del inciso 2º del art. 892, ya citado, en favor de los riberanos inferiores. Es que, lo que el riberano pide, no es el reconocimiento de su dominio sobre el agua, porque no lo tiene en nuestro código, sino que el predio superior vuelva a la salida de su fundo el agua que ha desviado, a fin de gozar de ella en los mismos términos que su vecino. Eso, que es de sentido común, de innegable equidad, sencillo y feliz medio de establecer la convivencia de los hombres y de atender al fomento de todo aquello para cuyo beneficio creó Dios el agua, no lo entendió así el honorable Tribunal sentenciador y cohonestó un despojo irritante para mi parte y para todos los riberanos inferiores de La Ayurá, a quienes una empresa les quitó lo que la naturaleza les otorgó".

En seguida el autor del recurso se ocupa de puntos de vista legales discutidos en el curso del juicio y no tocados en la sentencia, para terminar pidiendo la casación del fallo y que en su lugar se acojan favorablemente las solicitudes 2ª y 3ª de la demanda de instancia.

LA VISTA DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

En nombre del Municipio de Envigado dicho funcionario discurre sobre el ningún perjuicio que en últimas recibiría el Municipio en caso de que se acogieran las peticiones del libelo como consecuencia de la casación del fallo que las negó, aunque considera que, descartada la petición primera por voluntad del apoderado de la señora Saldarriaga de Botero ante la Corte, y aunque la Corte estimara, con bastantes fundamentos, que la comunidad, como cuasicontrato, es una cuestión de hecho que aparece suficientemente comprobada en autos, en este último caso, como la demandante pide en el libelo que se declare que "tiene derecho al uso de las aguas de la quebrada", no correspondiendo tal derecho a ella sino a la comunidad o teniéndolo ella como comunera pero en una forma no precisada en la demanda, y no precisada en el fallo por lo indefinido del libelo, habría que concluír el debate en la forma como el Tribunal lo hizo.

Termina el señor Procurador pidiendo a la Corte:

Primero.—Que se abstenga de infirmar el fallo recurrido, al menos en cuanto al Municipio de Envigado se refiere, y que en consecuencia condene al recurrente en las costas del recurso.

"Segundo.—Que en subsidio niegue lo demandado, al menos en cuanto al Municipio de Envigado se refiere, y en consecuencia absuelva al mencionado Municipio de los cargos que contra él pudieren haberse hecho en la demanda, y se condene a la demandante en costas.

"Tercero.—Que en subsidio, si se hiciere la declaración segunda de la demanda, se deje expresamente a salvo el derecho que el Municipio de Envigado tiene de hacer uso de las aguas de la quebrada La Ayurá en virtud de derecho que tiene adquirido desde que construyó el antiguo acueducto, y por cuanto en la demanda no se pide que se desconozca tal derecho al Municipio.

Que si se hiciere la declaración tercera de la demanda, se diga expresamente que Rosellón debe volver el sobrante de la quebrada antes de la bocatoma del antiguo acue-

ducto de Envigado, pues de otra manera la situación del Municipio quedaría en peor condición de la en que estaba antes de construír el acueducto Rosellón, y porque por otra parte no se ha pedido que aquel sobrante se lleve al cauce abajo de la bocatoma del acueducto del Municipio.

Si se hace la declaración segunda, también deben dejarse a salvo los derechos del Municipio contra Rosellón, en cuanto se hubiere obligado a permitir al Municipio tomar parte de las aguas de que hubiere hecho uso la Compañía de Tejidos.

La petición cuarta de la demanda sólo se refiere a Rosellón, y la primera es manifiestamente inaceptable por ilegal, como lo reconoce ante la Corte Suprema el apoderado de la demandante".

ALEGATO DE LA PARTE OPOSITORA

Del detenido estudio que hace el apoderado de la Fábrica de Tejidos Rosellón, la Corte transcribe en seguida y resumiéndolo, lo pertinente a la demanda de casación que, como se deja dicho, limita los cargos a las peticiones 2ª y 3ª del libelo de instancia y también resume, lo concerniente a puntos que haya de tocar en el fallo.

En cuanto al reconocimiento demandado del derecho de uso, el opositor transcribe el art. 892 del C. C., para demostrar el derecho de la Compañía de Tejidos Rosellón al uso de las aguas de La Ayurá para los fines indicados allí, como predio riberano, con la obligación de hacer volver el sobrante a la salida del fundo. ¿Y para qué esta obligación relativa al sobrante? Para que a su turno usen de las aguas los riberanos inferiores. Agrega que de ahí que todo propietario riberano que necesite el agua que no vuelve al cauce acostumbrado a la salida de uno de los fundos superiores, tiene acción para pedir su restitución al cauce.

Tres condiciones, según el opositor, requiere dicha acción: a) riberanía; b) que parte del agua no vuelva al cauce; y c) que necesite el agua.

El no riberano no tiene acción para demandar del riberano que vuelva el agua al cauce, a menos que el no riberano esté en el caso del art. 1001 del C. C., y eso sin perjuicio del derecho de otros, y, en primer lugar, de los riberanos.

Todo eso lo pudo pedir la demandante, dice el opositor, como dueña del predio riberano, nó de Andalucía. Pero además de la riberanía, considera el opositor que debe reunirse en ese caso otra condición: la de que parte del agua deba volver al cauce.

Cree que esta segunda condición no se reúne en el caso del pleito: porque el derecho al uso del agua está limitado por varias circunstancias (el opositor enumera diez), y entre ellas está la nacida por los derechos especiales consagrados a favor de las poblaciones en el numeral 3º del art. 893 del C. C. En este caso se sacrifica el interés particular ante el general, pero, dice el opositor, "debe en todo caso dejarse a salvo el derecho particular y por eso la disposición establece que se deje una parte del agua a la heredad".

Esa obligación de dejarle parte del agua "al pequeñísimo lote donde está la bocatoma" se ha cumplido superabundantemente, según el expediente, continúa el opositor, no sólo para menesteres domésticos, si se le hubiere querido o podido emplear en algo, sino aún para llevarla a predios no riberanos, como es el de Andalucía, y aún para enajenarla a terceros. Y Andalucía no es predio riberano para que tenga ese derecho, pues el art. 892 concede el de uso a los predios por donde corre el agua: "el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella...". De manera que los no riberanos que usen del agua en virtud del art. 1001 tienen que correr la contingencia de verse privados de ella cuando un pueblo vecino la necesite, sin que haya obligación de dejarles parte, ni tampoco de indemnizarlos, porque la corriente es un bien de uso público; si se la deja a favor de los riberanos es con la condición de dejar una parte, o indemnizar, y eso no por todo perjuicio, sino por los inmediatos; y si se permite usarla a los no riberanos, de acuerdo con el 1001, es con la condición de que éstos no tuerzan o menoscaben las aguas en perjuicio de aquellos que de cualquier modo hayan adquirido el derecho de aprovecharse de ellas. De manera que el uso de los no riberanos, por el art. 1001, está subordinado al de las poblaciones.

De lo dicho concluye el opositor que no se llena la segunda condición, consistente en que parte del agua no vuelva al cauce debiendo volver.

La tercera condición, continúa el opositor, es que el riberano que ejercite esa acción (devolución del sobrante) necesite el agua. Si el riberano tuviera un derecho de propiedad y no de uso, podría impedir que otro usara el agua, necesitárala o no: le bastaría su derecho de dominio, que es absoluto y exclusivo, de hacer o no hacer; pero siendo de uso su derecho, si no va a usar de ella no tiene ese derecho, porque la corriente no es suya, sino nacional, de uso público. Ese de-

recho lo mantiene imprescriptible para cuando necesite el agua.

Y como no hay prueba de que la actora necesite el agua en el lote riberano, sino que al contrario, la toma allí para enviarla al otro lote no riberano, concluye el opositor que ni por uno ni por otro motivo tiene acción contra el predio riberano de Rosellón y menos contra un pueblo vecino.

Pasa en seguida el opositor a ver si la demandante ha podido adquirir por prescripción un derecho de dominio sobre La Ayurá, o siquiera un derecho preferente al uso.

No se duda de que La Ayurá es de uso público.

¿En qué condiciones los predios inferiores pueden ganar a su favor el derecho de preferencia que tienen los superiores sobre los inferiores? El opositor armoniza el art. 2519 del C. C., que hace imprescriptibles los bienes de uso público, con el ordinal 1º del art. 893 del mismo código, para concretar que la prescripción no puede referirse al dominio, ni al derecho de uso (desmembración del dominio, art. 793 del C. C.), sino a la prelación en el derecho de "servirse" de las aguas, que es la expresión usada por el 893; la riberanía da al predio el uso, no se necesita adquirirlo por prescripción.

Considera que la demandante no ha podido adquirir ese derecho por prescripción, porque en el pequeño lote donde está la represa (bocatoma) no aprovecha para nada del agua y la prescripción requiere el uso por cierto tiempo, y porque las obras aparentes destinadas a facilitar el descenso de las aguas, las hizo (una bocatoma) en ese predio y no en el superior contra quien se dirige la prescripción. El opositor cita las sentencias de la Corte, tomo 34, página 232, y tomo 31, página 134, y dice que también, según sentencia de la Corte, la prescripción la consuma un predio riberano, pero no uno no riberano, como es Andalucía. Al efecto trascribe:

"Pero es preciso entender que su derecho no va más allá de los límites de su propia heredad, dado que al salir de ella no puede pretender que está haciendo uso de esas aguas, pues desde ese instante quedan cobijadas por las disposiciones que ordenan devolverlas al cauce al que pertenecen. Si se admitiera lo contrario, la prescripción no se circunscribiría al uso, sino que abarcaría también la propiedad, por cuanto quedaría autorizado para disponer de ellas libremente a la salida del fundo. Esa atribución pecaría contra lo preceptuado en los arts. 892 y 2519 del C. C.".

Dice el opositor que contra esa doctrina pretende ir la demandante.

Llama la atención de la Corte el opositor hacia la oportunidad de sentar una jurisprudencia con motivo de la segunda petición del libelo (la subsidiaria), para acabar, dice, con las "maniobras" del demandante. Dice en efecto que los dueños de Andalucía, que aprovechan el agua desde 1842, se dieron cuenta en 1912 de que carecían de derecho para usarla en ese predio no riberano, y por eso compraron un lotecito de 5 metros de ancho por 10 de largo a la margen de La Ayurá, construyen un tanque en que detienen las aguas, dejan correr a su salida una décima parte, y las restantes nueve décimas las llevan por un acueducto de 5 Kmtrs. a Andalucía, predio no riberano, y aún venden parte de ella, siendo de uso público, inenajenable.

Dentro de esta misma tónica censura la tercera petición del libelo, referente a la devolución del sobrante, que es petición dirigida contra la Fábrica de Rosellón.

Dice que es evidente la obligación de devolver el sobrante a la salida del fundo, pero siempre que el riberano inferior haya de usar de él con los fines y limitaciones del 892, y si lo necesita, y que está probado que el agua en el predio de la represa es más que suficiente para dichos usos, aunque no para llevarlo a otros predios no riberanos y venderla a terceros.

Pero aun suponiendo que la necesitara, no podría obligar a Rosellón a volver el sobrante, si las autoridades municipales de Envigado toman ese sobrante. Otra cosa, dice, será el derecho que el riberano tenga contra el Municipio y las acciones que pueda deducir contra él. Pero el Municipio sí le deja al predio riberano de la demandante toda la que necesita y aún más, para otro no riberano.

En seguida el opositor se refiere al alegato del señor Procurador, en nombre del Municipio de Envigado; lo califica de ligero, le rectifica, entre otras, la apreciación de hecho que hace el Procurador de que Andalucía es predio riberano, y considera que, al contrario de lo que opina dicho funcionario, el fallo sí sería perjudicial para el Municipio en caso de que se dictara de acuerdo con las pretensiones de la demanda.

Termina su exposición de 55 páginas pidiendo que se confirme el fallo y que en subsidio se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª—Que la demandante no es dueña de una parte de la corriente La Ayurá;

2ª—Que la señora demandante es ribereña de La Ayurá en cuanto es dueña de un pequeño lote de terreno donde está la boca-

toma por donde se toma el agua para la hacienda de Andalucía, pero que la hacienda de Andalucía no es riberana y que por lo tanto tiene derecho a usar el agua de La Ayurá para menesteres domésticos, para abrevaderos, para riegos y para dar movimiento a molinos u otras máquinas en ese pequeño lote, con la obligación de volver el sobrante al cauce acostumbrado a la salida de ese fundo, es decir, de ese pequeño lote que sí es riberano;

3ª—Que Roscllón está en la obligación de volver al cauce acostumbrado a la salida del fundo el sobrante del agua, es decir, la parte que la fábrica no consuma, siempre que de esa parte tenga necesidad la parte demandante para los fines indicados: (abrevaderos, irrigaciones, menesteres domésticos y fuerza motriz) en el pequeño lote que sí es riberano; y siempre que el Municipio de Envigado no la necesite para los menesteres domésticos de los habitantes de la población, y haya dejado una parte para los riberanos inferiores, como lo prescribe el art. 893, inciso numeral 3º

En todo caso pido que se condene en costas a la recurrente".

ESTUDIO DE LOS CARGOS

Capítulo 1º—Petición de dominio

Es verdad, como lo afirma el recurrente, que el sentenciador estimó que el uso y goce de las aguas del acueducto artificial que va desde el predio ribcrano de la señora Saldarriaga de Botero a su otro predio no ribcrano llamado de Andalucía, corresponde a una comunidad formada por ella y por las personas a quienes ha enajenado parte de las aguas del acueducto, y de ahí su conclusión de que la señora Saldarriaga de Botero ha pedido indebidamente para sí y no para la comunidad.

Pero también es verdad que la estimación de que el uso y goce de las aguas del acueducto compete a una comunidad, no fue el único fundamento de la negativa del Tribunal a despachar favorablemente la petición de dominio sobre una parte de agua del caudal de La Ayurá, porque, además, estimó que la primera petición envolvía una verdadera acción de dominio, y que, "... no habiéndose determinado la porción que trata de reivindicarse, la demanda es necesariamente ineficaz, por falta de singularización de la cosa, singularización que la misma ley exige para el buen éxito de la acción reivindicatoria, según se deduce del art. 946 del C. C."

El Tribunal tuvo como determinante esta consideración, más aún que la de existir una comunidad, porque luégo, al resumir su propio fallo, ya no insiste en la comunidad respecto de las aguas del acueducto, sino únicamente en que se demandó una porción indeterminada de las aguas y no cosa singular, y al fallar, en la parte resolutiva, declara probada la excepción de inepta demanda y no la de falta de personería sustantiva, por lo cual no se produjo la cosa juzgada relativa a la comunidad que anota el recurrente.

En otras palabras, el Tribunal en realidad vino a estimar que aun en el caso de que la acción se hubiera ejercitado en la forma debida en que él juzga que debió ejercitarse, no prosperaría por defecto, no ya de personería sustantiva, sino de determinación de la cosa singular que se reivindica, y de ahí que estime inepta la demanda.

Ahora bien, como el recurrente desiste de atacar en casación la conclusión misma, y se conforma con la absolución de los demandados en esa parte, siempre y cuando que a esa solución se le dé como fundamento la razón que él le encuentra —indeterminación de la especie, cuerpo cierto, o cuota determinada de una cosa común— y, como se ha visto, ésa fue precisamente la razón determinante del Tribunal, nada más puede hacer la Corte, ni siquiera dentro del campo puramente expositivo, porque ni el recurrente precisa la infracción de algún precepto legal que le permitiera a la Corte analizarlo en relación con el pleito en cuanto incidiera en la parte resolutiva, ni con ello se variaría la determinación o conclusión del Tribunal con la cual se ha conformado el recurrente.

Que la acción ejercitada sea la de reivindicación (tomando en conjunto la petición primera sobre dominio y la tercera sobre devolución del sobrante) y que en el supuesto de que lo sea no pueda prosperar porque falta determinar la cosa singular, son cuestiones que la Corte ni afirma ni niega, por no estar sub-judice, dado el acuerdo que al respecto existe entre el fallo y el recurrente y la conformidad de éste con la decisión de aquél.

Capítulo 2º—Peticiones relativas al uso como riberano y a la devolución del sobrante

No siendo puntos discutidos en autos, sino plenamente probados, y aceptados además por los demandados, que uno de los predios de la señora demandante es riberano de las aguas de La Ayurá, que él está situado abajo del predio que usa de dichas aguas sin

devolver el sobrante al cauce común, y que ellas son de las de propiedad nacional y de uso público, y consistiendo las peticiones segunda y tercera de la demanda en que se reconozca el derecho a ese uso a favor del predio riberano y se obligue al dueño del predio superior a devolver el sobrante al lecho natural de la corriente, parece evidente que el caso llena las condiciones generales del art. 892 del código civil para el reconocimiento de uno y otro derecho.

Empero, como para el Tribunal sentenciador no llegó el caso de aplicar esta doctrina, porque consideró que el derecho al uso, si es que existe demostrado en el pleito, le corresponde a una comunidad, para quien no ha pedido la demandante, negó esa petición y consiguientemente la tercera, relativa a la obligación del predio superior de devolver el sobrante de las aguas de que se sirve, estimando cumplida la excepción de petición de un modo indebido.

Hay en esa apreciación del Tribunal un error evidente de derecho, porque los arts. 677, 892 y 893 del C. C., que son los pertinentes, en ninguna parte hablan de uso común, ni crean la figura jurídica de comunidad, ni aparece de autos creada por contrato entre las partes; el primero de ellos preceptúa que las aguas en cuestión son de uso público, atributo que en doctrina tiene un valor jurídico distinto del cuasicontrato de comunidad. Es el art. 894 el que atribuye el uso común de las aguas que corren por entre dos heredades a los riberanos fronterizos, pero además de que la comunidad en dicho uso se establece para el único efecto de que alguno de ellos no extralimite su derecho frente al del vecino, de manera que ello excluye la representación común; tampoco se trata aquí de litigios por el uso a que dicho artículo se refiere. Y volviendo al régimen establecido por el legislador en los arts. 677, 892 y 893 del C. C. (del cual, sobra advertirlo, es parte integrante el 894), el resultado de hecho de que los propietarios riberanos, y, en ciertas circunstancias excepcionales tengan un derecho que les es común a servirse de las aguas nacionales que atraviesen o delimiten sus fundos, con restricciones también comunes a todos (v. gr., la de devolver el sobrante), significa que cada uno de ellos esté investido naturalmente del poder necesario para intentar las acciones conducentes a obtener el fin que la misma ley persigue, o sea el reconocimiento efectivo del interés que cada uno tiene en servirse de las aguas convenientemente, dntro de los límites de la ley, sin que para eso sea necesario invocar otro título que su interés particular, aunque éste sea común a otros, porque precisamente el de cada uno está limitado en función del de los demás. Si ese derecho es común, el interés está en que a cada uno no se le menoscabe el que le pertenece.

Es, pues, cierto que el Tribunal erró en considerar que la acción de la actora compete a una comunidad. Y de hecho también erró, porque extendió su apreciación de que existía una comunidad en las aguas que lleva su acueducto desde el predio riberano al no riberano de Andalucía, a las aguas mismas de La Ayurá, interpretando mal la demanda al no fijarse en que las peticiones subsidiarias, marcadas 2 y 3, invocan un derecho emanado de la riberanía del predio inferior (el uso del art. 892) y una obligación para el predio superior demandado de volver las aguas sobrantes al cauce acostumbrado a la salida de ese predio para que los inferiores se aprovechen de ellas. El Tribunal, obsesionado en la comunidad que cree ver, en las aguas que lleva el acueducto artificial al fundo no riberano, y que deduce principalmente del hecho de haber vendido la demandante plumas de agua a terceros, hecho que, de ser cierto, se referiría a la primera petición (la de dominio), pero no a las de uso del riberano y consiguiente devolución del sobrante, decidió de éstas sobre la base de que también había comunidad en los derechos del riberano al uso de las aguas de la corriente misma. Las acciones invocadas son claras en sí, y distintas unas de la otra. En efecto, la primera envuelve una petición de dominio basada en derechos adquiridos durante legislaciones anteriores; la segunda y tercera, en el derecho de riberanía conforme al C. C. vigente. El Tribunal no hizo esta distinción, y el recurrente sí la hace fundadamente en el recurso.

El apoderado ante la Corte de la Compañía de Tejidos de Rosellón se opone a la casación, entre otros motivos, porque considera que la doctrina general del art. 892 comporta una limitación del derecho del riberano inferior a pedirle al superior la devolución del sobrante de aguas, limitación consistente en que, para exigirla, debe comprobar la necesidad que tiene al sobrante no devuelto.

Se considera: Que la obligación del predio superior a devolver al cauce acostumbrado el sobrante de aguas a la salida del predio esté subordinada a la demostración, por parte del predio inferior, de que éste las necesita, es condición que la ley no establece. Tampoco puede establecerse ese requisito condicional por vía de doctrina: porque,

si la obligación del predio superior consiste en devolver el sobrante (es decir, lo que quede después de un uso conveniente, que excluye el abuso, lo cual envuelve a su vez una cuestión de hecho, que el Juez debe examinar en cada caso) el predio superior carece de interés en negarse a la devolución exigida por el inferior; porque el predio superior satisface su derecho de riberano con el uso conveniente y adecuado de las aguas, y, cumplida esa satisfacción, la devolución del sobrante ya no es un derecho sino una obligación, que existe con independencia del mismo derecho a servirse después de esas aguas que tienen los ribeanos inferiores; porque, siendo la devolución del sobrante una obligación, no se ve cómo pueda el obligado a ella alegarla como excepción para excusarse de cumplirla, careciendo del interés económico inherente a toda defensa; porque solamente en el caso de discutirse entre dos predios, ambos con derecho al uso, el quantum de aguas de que el superior se sirve, imputándosele desperdicio o abuso, habría un interés económico, industrial o agrícola, en excepcionar el superior de necesidad de las aguas para los fines del art. 892, mayor que la necesidad invocada por el inferior, caso en el cual no se está en el presente litigio; y porque, finalmente, el derecho al uso de las aguas interesa no solamente al predio inferior sino a todos los demás riberanos, que tienen derecho a que se conserve el mayor caudal de aguas que sea posible, después de que vayan ellas sirviendo a las necesidades de todos los que tengan derecho al agua, interés que subsiste, pues, siempre presente, sin sujeción al provecho inmediato que reporten.

Cuando el opositor afirma que el dueño del predio inferior no puede obligar al del predio superior a que devuelva el sobrante sino en el caso de que demuestre, entre otras condiciones, que aquél necesita dicho sobrante, le está dando a la teoría del abuso del derecho una aplicación inaceptable, pues ni los tratadistas que en esta materia se presentan como más avanzados llegan a exigirle al titular del derecho, como requisito previo para el ejercicio de éste, la comprobación del interés serio y legítimo en dicho ejercicio. Los que, no contentándose con la concepción clásica o intencional del abuso del derecho, llegan a proclamar, de acuerdo con la idea contenida en el capítulo primero del código soviético, que no puede protegerse el ejercicio de un derecho cuando tal ejercicio es contrario a la destinación económica y social de aquél, no van, como va el opositor, hasta pedir que sea el titular del derecho el que debe demostrar previamente la conformidad de su acto con el espíritu del derecho.

La importante anterior sugestión del opositor, ya había sido planteada ante la Corte de Casación en 1927. Sostuvo entonces un recurrente que para exigir la devolución del sobrante no basta ser riberano inferior, sino, además, que es preciso que la no devolución le imposibilite o dificulte siquiera aquellas finalidades para las cuales él tiene derecho a usar el agua de la respectiva corriente natural, porque con sólo ser riberano no comprueba que recibe perjuicios, ni que, de consiguiente, tiene interés. Entonces la Corte contestó que a los dueños de las fincas riberanas de aguas que corren por cauces naturales les corresponde el uso de esas aguas dentro de las normas fijadas por la ley, y siendo común ese derecho, tienen interés en que no se menoscabe el que les pertenece. Como consecuencia, están investidos naturalmente del poder necesario para intentar las acciones conducentes a obtener el fin que la misma ley persigue, sin que para eso sea preciso que el demandante demuestre el perjuicio que recibe por el uso indebido de las aguas. Desde que ninguna disposición ordena que para que prospere la demanda es necesario que se acredite el interés directo que tenga el querellante en el uso de las aguas, es fuerza concluir que le basta demostrar su calidad de propietario riberano para que quede investido de la personería suficiente, aunque no emplee el agua en beneficio de su finca (sentencia de 18 de julio de 1927, G. J. Nos. 1775 y 1776).

Consecuente el opositor con su referido punto de vista, que no admite la Corte, observa que con la parte del sobrante que devuelve Rosellón (o sea la parte que no toma el municipio de Envigado), satisface el demandante algo más que sus necesidades de riberano, puesto que además le sobra para encauzar las aguas por la acequia y llevarlas a su otro predio no riberano, llamado de Andalucía. Observa la Corte que en autos no está demostrada la cantidad de agua que necesite el predio riberano, y que, además, como ya lo dijo, no es admisible esa defensa del demandado para oponerla a su obligación de volver al cauce el sobrante, y en cuanto a que del predio riberano de la demandante se capten y reexpidan aguas por la acequia a Andalucía, ese hecho, por las mismas razones ya aducidas, no le sirve de excepción al demandado, como dueño del predio superior obligado a devolver el sobrante. Este hecho le importa es a los predios inferiores del de la señora Saldarriaga de Botero, para el efecto de discutir con ella

si la no riberanía de Andalucía es circunstancia que la priva del uso, sobre si devuelve o no el sobrante después de usar de las aguas en Andalucía, sobre si ella se encuentra en las condiciones del artículo 1001 del C. C., en una palabra, sobre el derecho de la citada señora en relación con los fundos inferiores.

Reconociendo, pues, como reconoce la Corte, que es incuestionable el derecho que alega la señora demandante, como propietaria del predio riberano de La Ayurá, al uso conveniente de las aguas dentro de los límites y fines del art. 892 del C. C.; y a que el predio superior, también riberano, de Rosellón, devuelva al cauce de dicha corriente el sobrante de las aguas, procede la casación del fallo, por violación del mencionado artículo puesto que debiendo haberse aplicado, no se aplicó al caso del pleito.

La casación es parcial, en cuanto a las peticiones subsidiarias, porque la primera petición, referente al dominio de parte de las aguas, negado por el Tribunal, no ha sido atacada en casación.

Lo dicho sirve también para la sentencia de instancia, en la cual se sigue considerando:

Según los autos, la fábrica de Rosellón, después de usar de las aguas de su derivación, las devuelve en dirección al cauce, pero no alcanza a llegar a él todo el sobrante devuelto, porque el Municipio de Envigado capta la mayor porción y la conduce al poblado. Basada en este hecho, la fábrica de Rosellón excepciona de fondo diciendo que no es ella sino el Municipio el que impide la devolución del total del sobrante, en uso del derecho consagrado por el numeral 3º del art. 893 del C. C. (contestación al hecho 13 de la demanda y el libelo mismo, al final, folios 107 y 108 vueltos del cuaderno principal).

Tanto la fábrica de Rosellón como el Municipio de Envigado han sido demandados. Las peticiones del libelo afectan sustancialmente a uno y otro, dada la circunstancia apuntada, bien que la devolución del sobrante está dirigida solamente contra Rosellón. Pero es claro que si ésta súplica se decreta de conformidad a cargo de Rosellón, el resultado sería incompatible con la toma que hace el Municipio de parte del sobrante, por perjudicarle u obligarle la sentencia al Municipio, que también es demandado. El haberlo sido, y el perjuicio evidente que deriva de las pretensiones del demandante, hace aceptable el hecho alegado como excepción por la fábrica y anotado por el Municipio, desde que contestó la demanda, como consumación del derecho previsto por el numeral 3º del art. 893 del C. C.

El uso que de las aguas pueden hacer los propietarios de predios riberanos, además de sufrir restricciones en cuanto a las personas y en cuanto a la extensión del mismo uso —restricciones de que no se trata en este caso— está limitado por las necesidades de los habitantes de un pueblo vecino. Es una ejemplar subordinación del interés privado al interés general, que tiene su origen, antes que en el ordinal 3º del art. 893 del C. C., en la Carta Fundamental de la República, y si, como toda excepción, es de estricta interpretación, como norma es de preferente y no eludible aplicación.

La Carta autoriza la expropiación por graves motivos de utilidad pública definidos por el legislador, con indemnización del valor antes de verificarse la expropiación (artículo 5º, A. L. Nº 3 de 1910). El legislador tiene como grave motivo, al efecto, el de adquisición de las aguas necesarias para el abastecimiento de las poblaciones o caseríos (ley 67 de 1926, además de los casos que enumera el art. 21 de la ley 21 de 1917).

Si la indemnización no se ajusta de común acuerdo, dice el código civil, podrá el pueblo pedir la expropiación del uso de las aguas en la parte que corresponda.

Quiere decir lo anterior que, según ese sistema, el pueblo, población o caserío, cuando necesite el agua, y si, por otra parte, no tiene de por sí el derecho de riberano (caso en el cual su derecho al uso es por lo menos el mismo de todo riberano), no puede, manu militari, sino con sujeción al trámite administrativo-judicial de expropiación, y previa la indemnización que se fije, usar de las aguas en la forma colectiva prevista por el art. 893 del código civil.

Pero, si ello parece indudable, tampoco autoriza para concluír que, cuando una población esté usando de las aguas, necesariamente debe haber precedido un juicio de expropiación, y que no habiéndolo habido deba suspenderse el uso que de dichas aguas esté haciendo; porque la expropiación no se requiere sino cuando alguien tenga derecho a la indemnización y la haya demostrado, y también suele suceder que se reserve el cobro de su valor para después.

En efecto, el derecho de indemnización a que se refiere el art. 893, está limitado: por razón de las personas cuyos predios tengan derecho al uso de que los priva el pueblo, población o caserío; y por razón del "inmediato perjuicio". En principio, las personas

dueñas de aguas privadas, y las que se sirvan, con derecho, de aguas de uso público, que se vean privadas de la propiedad del agua, aquéllas, y del uso éstas, pueden, no oponerse al preferente uso del pueblo, sino exigir el pago previo del valor de aquello de que se les priva; pero, aunque se hallen dentro de esa categoría de propietarios o de aprovechados de ese uso o servicio, no pueden reclamar sino en el caso de que sufran un inmediato perjuicio.

Para que, dentro del presente litigio, la señora demandante pueda obligar al Municipio de Envigado a que se abstenga de tomar las aguas que la fábrica de Rosellón devuelve hacia el cauce, necesita demostrar, que no obstante ser, como es, riberana, ha sufrido ciertos perjuicios inmediatos por la privación del uso en su predio orillado por La Ayurá, del sobrante de las aguas. Y la prueba de esos perjuicios no aparece en el expediente, ni intentó darla. Esto se dice, con evidente pertinencia u oportunidad, al examinar el hecho disculpatorio alegado por los demandados, para oponerse a la devolución solicitada. Pero advierte la Corte, que, como ya lo dijo arriba, contra el Municipio no se ha ejercitado la acción de pagos de perjuicios inmediatos, ni la de devolución directa de las aguas que le sobran a Rosellón y que en parte capta y aprovecha la población de Envigado. En otros términos, no habiéndose demostrado que el Municipio, al tomar esas aguas para las necesidades de la población, estaba en el caso de expropiar el uso que la demandante hiciera con derecho por recibir ésta perjuicios inmediatos de la privación del uso, no tiene acción la señora demandante para impedírselo al Municipio.

Por lo demás, y sin que esta observación implique el prejuicio de una cuestión que se juzga o puede juzgarse en otra ocasión, es después de muchos años cuando se viene a manifestar la inconformidad de la demandante con un ya antiguo statu-quo a favor del Municipio.

La doctrina expuesta, respecto de las relaciones jurídicas de un pueblo no riberano con el propietario del predio inferior, por el uso de las aguas, en que se exije la existencia de perjuicios para que el uso sea incompatible y requiera una indemnización, es claramente diferente de la doctrina también expuesta ya respecto de las relaciones jurídicas del dueño del predio superior con el inferior, en la cual la necesidad o no necesidad de las aguas no es requisito indispensable para que prospere la acción de devolución del sobrante que tiene éste contra aquél.

Queda establecido que el propietario del predio inferior (inclusive, en ciertas ocasiones, el no riberano) tiene contra el pueblo, población o caserío, una acción de indemnización de perjuicios inmediatos cuando demuestre que realmente los sufre con la privación de las aguas, pero que no tiene acción para oponerse al uso que necesita el Municipio, pues el derecho de éste es preferente. Agrega el art. 893, numeral 3º, que en ese caso se dejará una parte a la heredad. Cuál sea esa parte, es cuestión de hecho que toca resolverla al Juez en cada caso, a falta de acuerdo entre los interesados, parte que debe entenderse como un mínimun de las necesidades del predio para su explotación normal posterior.

En el presente caso, está demostrado en autos que el Municipio no toma todo el sobrante de las aguas de que Rosellón se sirve, y que al predio riberano de la actora le deja llegar una parte. Si esa parte no es la que en cantidad le corresponde al predio inferior, ha debido demostrarse en el curso del proceso, pero no se hizo así, y el Juez carece de elementos ilustrativos al respecto. Antes bien, la parte demandada sostiene que si ese punto fuera a esclarecerse, se encontraría que el predio riberano tiene agua más que suficiente para los fines del art. 892, puesto que le sobra para reexpedir una porción para el predio de Andalucía. Y como la cuestión relativa al derecho de propiedad de este otro predio sobre una parte indeterminada de aguas de La Ayurá no está sub-judice ante la Corte, no es posible estudiar si el quantum de las aguas que el Municipio dejó es la parte a que alude el art. 893, numeral 3º, frente también a las necesidades del predio de Andalucía.

La otra excepción, de prescripción o pérdida del derecho que se reclama por el transcurso del tiempo, y la correlativa de prescripción adquisitiva a favor de los demandados, carece de objeto estudiarlas en cuanto al Municipio de Envigado. En lo que atañe a Rosellón, cabe notarse: La obligación del dueño del predio superior de volver el sobrante de aguas al cauce acostumbrado es inherente e inseparable del derecho a servirse de ellas que le reconoce el art. 892 y en su caso el 894 del C. C. La prescripción de ese derecho sui-géneris no es a favor sino en contra del predio superior. Y si cupiera, ella, la prescripción, se consumaría tal como el derecho la limita, es decir, siempre con la obligación de volver el sobrante.

Es, pues, inaceptable esta alegación.

En cuanto a esta porción del sobrante, que, según los autos, equivale más o menos a una cuarta parte y que Rosellón deja correr en dirección al cauce de La Ayurá, según la inspección ocular, "va a caer a correderos de la quebrada sin que llegue a su lecho principal". Esta manera de devolver el sobrante es nominal y no efectiva, no implica el cumplimiento eficaz de la obligación que tiene al dueño de la heredad superior de hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce a la salida del fundo, obligación que le impone el art. 892 del C. C., y que no puede entenderse cumplida sino cuando efectivamente el sobrante de las aguas vuelve al cauce. Hasta cierto punto puede decirse que esa obligación no es pasiva, no es la de dejar correr, sino activa, la de hacer volver el sobrante al cauce acostumbrado. Naturalmente, si la fábrica de Rosellón se limita a dejar correr las aguas por correderos de la quebrada que no llegan a su lecho principal, no está cumpliendo su obligación en la forma eficaz que prevé la ley, y a ello se proveerá en la parte resolutiva de la sentencia.

En el juicio no ha habido contradicción sobre la propiedad de los predios alindados en los puntos 1º y 2º de la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Medellín de fecha 30 de abril de 1934, en cuanto absuelve a los demandados de las peticiones subsidiarias (segunda y tercera de la demanda de instancia), y en su lugar resuelve:

a)—En cuanto a la petición segunda: La señora Mercedes Saldarriaga v. de Botero, mujer viuda, mayor y vecina de Medellín, como dueña del lote ribereno de la corriente o quebrada de La Ayurá, alindado así: "Por el frente, con la calle pública que gira para el Retiro; por un costado, con la quebrada Ayurá; por la cabecera, con terrenos de Ricardo Uribe y Manuel S. Arango; y por el otro costado, con propiedad de la sucesión de Eulogio Díaz y terrenos de Pedro P. González", tiene derecho al uso conveniente de las aguas de dicha corriente en los términos y para los fines del art. 892 del C. C. Quedan a salvo los derechos que tenga en relación con los predios inferiores.

b)—En cuanto a la petición tercera: La compañía de Tejidos de Rosellón, dueña del predio ribereno de La Ayurá alindado en el hecho décimo de la demanda, tiene la obligación de hacer volver al cauce natural de La Ayurá, a la salida de ese predio, el sobrante de las aguas que dicha compañía toma del riachuelo y usa en la fábrica, así: respecto de la parte del sobrante (más o menos una tres cuartas partes, según los autos), que a la salida de la fábrica capta el Municipio de Envigado para llevarlas a esa población, se reconoce que Rosellón cumple con aquella obligación en la forma en que lo está haciendo, mientras el Municipio tome, como está tomando, esa parte para las necesidades de los habitantes de Envigado; respecto de la otra porción del sobrante (más o menos una cuarta parte, según los autos) que Rosellón deja correr hacia el cauce de La Ayurá, Rosellón está obligado a encauzar eficazmente las aguas que componen esa porción del sobrante en forma que realmente implique su devolución al acostumbrado cauce de La Ayurá a la salida del predio de Rosellón, lo cual hará dentro de los noventa días posteriores a la ejecución de este fallo.

c)—Quedan así reformadas las sentencias del Juez y del Tribunal.

d)—No se hace condenación en costas procesales.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. El Conjuez, Alberto Suárez Murillo. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

Resolución de una aclaración pedida por el abogado Gacharná, a un paso de la sentencia de 26 de marzo de 1936, en el juicio de Mercedes Saldarriaga de Botero contra la Fábrica de Rosellón.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

El abogado Gacharná, en vista del fallo de 25 de marzo del presente año, notificado de él, dice a la misma Sala que lo profirió:

"Me refiero al numeral marcado con la letra b) de la parte resolutiva, cuando dice: 'Respecto de la parte del sobrante (más o menos unas tres cuartas partes, según los autos), que a la salida de la fábrica capta el municipio de Envigado para llevarlas a esa población, se reconoce que Rosellón cumple con aquella obligación en la forma en que lo está haciendo, mientras el municipio tome, como está tomando, esa parte para las necesidades de los habitantes de Envigado'.

"Os pido que aclaréis este paso en el sentido de dejar claramente establecido que la Corte no afirma en él que el Municipio de Envigado necesita la porción que desvía hacia su poblado (o sean las tres cuartas partes, aproximadamente, de que se trata), sino que la Corte predica que, en cuanto Envigado necesite esas aguas para los menesteres domésticos de sus habitantes, Rosellón no está obligado a devolver esa parte al cauce natural de La Ayurá".

Para resolver, la Corte considera:

Fácilmente se advierte que la petición tiende a que se resuelva una duda referente a la colisión de derechos al uso de aguas entre el propietario del predio inferior y el pueblo vecino, ya que el quantum de aguas no devuelto, sin culpa de Rosellón, es un sobrante que a éste no le interesa —por lo mismo que es sobrante— y el interés de usarlas mira solamente a las necesidades del predio del demandante y del pueblo vecino.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta, y oportuno recordarlo con esta ocasión, que en el litigio resuelto por la Corte el demandante no ejercitó contra el municipio ninguna de las cuestiones o acciones a que da lugar la referida colisión de derechos entre el propietario de un fundo que tenga derecho al uso de aguas y el pueblo, población o caserío vecino que tiene derecho preferente al uso de las mismas. No. El municipio de Envigado fue, es cierto, codemandado, pero el libelo lo redujo al papel de un simple testigo de la discusión de acciones directas entre el propietario del predio inferior y el del predio superior.

En la discusión de esas relaciones directas entre los dos fundos por razón del uso de las aguas, el interés del municipio solamente interfirió en cuanto el predio superior (Rosellón) puso de manifiesto que tres cuartas partes de las aguas que le sobraban a su fábrica las tomaba el municipio en forma que le impedía devolverlas al cauce común.

Que ese volumen de aguas (tres cuartas partes, aproximadamente, según los autos) sea superior a los menesteres de la población de Envigado, es cuestión que a Rosellón no le interesa examinar para el efecto de hacerla valer como excepción o hecho que lo disculpe de su obligación de devolverlas como sobrante: la interferencia del preferente derecho del municipio constituyó para la fábrica de Rosellón una razón legal suficiente —que alegó como excepción— para que a ella no se le obligara a devolver el sobrante, cualquiera que sea su volumen.

El supuesto del peticionario de que la población de Envigado no necesita todo el volumen de aguas que a la salida de la fábrica capta el municipio, o sean las tres cuartas partes aproximadas, es fenómeno que atañe a las relaciones de derecho entre el propietario de un predio inferior que, alegando necesitar una porción de esas aguas, si realmente demuestra que las necesita, puede hacer valer en reclamación o litigio con el municipio para el efecto de que se le pague el precio o valor en que debió traducirse, en su oportunidad, la expropiación del uso. Y como, según se advirtió claramente en la sentencia, tales cuestiones no fueron materia del litigio, el hecho de que ella haya reconocido, como en efecto reconoce, que a la fábrica de Rosellón no se le puede exigir por el demandante que devuelva al cauce de La Ayurá las tres cuartas partes del sobrante, significa que la fábrica de Rosellón nada tiene que ver con que el volumen de aguas que toma el municipio haya sido mayor o menor de lo que sus habitantes necesitan, pues Rosellón no puede erigirse en Juez de esas necesidades, ni por tanto de las relaciones de derecho o acciones de cré-

dito que existan directamente entre el demandante y la población de Envigado.

La manera como el recurrente interpreta el fallo dictado por la Corte en el párrafo en que pide la aclaración y que se ha trascrito, es, pues, correcta y consulta el espíritu de aquél. Pero de que así sea, como lo es, no puede concluírse que la fábrica de Rosellón haya quedado absuelta en la forma configiconada como lo desea el peticionario, pues el reconocimiento hecho por la Corte es definitivo a favor de Rosellón. Solamente que si la parte que ha sido actora en el presente juicio demuestra y deduce en actuación distinta dirigida contra el Municipio de Envigado un mejor derecho que el del municipio al uso de parte de las aguas que éste toma, sea en el agua misma o en un valor correspondiente a la expropiación del uso de esa parte a que demuestre derecho la actora, el actual estado de cosas —en que Rosellón está obrando conforme a derecho— sufriría la correspondiente modificación, no por efecto de este fallo, sino del que provoque el ejercicio de posterior acción contra el municipio.

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de hacer modificación ninguna, a título de aclaración, al fallo de 25 de marzo del año en curso.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. El Conjuez, Alberto Suárez Murillo.

Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

VENTA DE COSA AJENA DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA

Disuelta una sociedad conyugal por muerte de la mujer, no puede el marido sobreviviente continuar enajenando los bienes sociales. La ficción establecida por el artículo 1806 del código civil, en beneficio de terceros, dura únicamente mientras dure la sociedad conyugal. Ocurrida la disolución de tal sociedad, sea cual fuere la causa que la determine, se acaba esa ficción. Vende cosa ajena el marido que celebra un contrato de compraventa sobre bienes de la sociedad conyugal disuelta. El "verdadero dueño" no es el marido superstite ni los herederos de la mujer fallecida, sino la sociedad disuelta y en liquidación, dentro del sistema de la personalidad prolongada, o conjuntamente el cónyuge y los herederos de la cónyuge, como causahabientes de una cosa universal, dentro del sistema de la comunidad pura y simple. La buena fe del comprador no alcanza a darle el carácter de propietario, frente a los verdaderos dueños. En esta sentencia se estudian la filosofía de la venta de cosa ajena y el régimen patrimonial en el matrimonio, según el código civil.

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

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por libelo fechado en Popayán el 13 de diciembre de 1932, César Vargas demandó a Roberto Sánchez M. para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Pertenece a la sociedad conyugal, disuelta y en liquidación, de Pedro Guevara y Faustina Mosquera, un inmueble compuesto de casa y solar, ubicado en Popayán, y delimitado así: "por el oriente, calle en medio, con casa de los herederos de don Jesús Córdoba; por el occidente, cerco en medio, con solares de José Rivera, Miguel Castellanos y Bartolomé Casas; por el sur, con propiedad de César Vargas, y por el norte, con propiedad de la señora Natividad Velasco v. de Pastrana".

Segunda.—Roberto Sánchez M. debe entregar a la comunidad de bienes existente hoy por razón de no haberse liquidado la sociedad conyugal, ni las sucesiones de los esposos Guevara y Mosquera, el inmueble delimitado anteriormente, dentro del término que señala la ley.

Tercera.—Roberto Sánchez M. debe hacer la entrega de ese inmueble a César Vargas, por ser éste condueño en la comunidad de bienes mencionada, y sin perjuicio de los demás comuneros.

Cuarta.—Roberto Sánchez M. debe pagar a la comunidad susodicha los frutos naturales y civiles del inmueble que se reivindica, considerado como poseedor de mala fe.

Son éstos los hechos fundamentales de la demanda:

1º—El 20 de abril de 1888 contrajeron matrimonio Pedro Guevara y Faustina Mosquera.

2º—La sociedad conyugal Guevara-Mosquera adquirió a título oneroso, por medio de su jefe y administrador, dos inmuebles situados en Popayán, así: a)—Por la escritura Nº 587, de 18 de octubre de 1889, otorgada en la notaría de Popayán, compró Guevara a José María Ortiz Villamarín una casa pajiza, con mediagua y solar, ubicada en la calle de San Agustín, y delimitada de esta manera: "por el frente, calle de por medio, con casa y solar que es hoy del señor Tomás Ayala; por el costado izquierdo, calle de por medio, con casa y solar de Joaquín Escobar; por el respaldo, o sea el occidente, deslinda con el mismo vendedor, partiendo de un uvo que se encuentra en el cerco que cierra el solar de la casa que vende; por el lado sur, en línea recta a encontrar un árbol de chocho que está cerca al cerco que divide el solar de los herederos del finado José Navia; sigue por este cerco que queda al lado norte, hasta dar al cerco que cierra por el lado del oriente, excluyendo este solar nueve varas de fondo y once de frente que no pertenecen al vendedor, sino a los herederos de Gabriel Sarria"; b)—Por la escritura Nº 331 de 28 de junio de 1890, compró Pedro Guevara a Catalina Sarria un solar situado en el barrio del Ejido, de esta ciudad, cuyos linderos se determinaron así: "por el frente, calle de por medio, con casa y solar de propiedad hoy del señor Tomás Ayala; por el costado izquierdo, calle de por medio, con casa y solar de Joaquín Escobar; por el costado derecho, con solar de los herederos del finado José María; y por el respaldo, con solar del mismo comprador".

3º—Estos dos bienes entraron al haber de la sociedad conyugal Guevara-Mosquera, y formaron uno solo por incorporación.

4º—Sobre el inmueble total, formado por los dos de que se ha hecho mérito, levantó

la sociedad conyugal un edificio que aún existe.

5º—El 27 de diciembre de 1917, día en que murió la cónyuge Faustina Mosquera, quedó disuelta la sociedad conyugal Guevara-Mosquera.

6º—Muerta la cónyuge, y antes que fuese liquidada la sociedad conyugal Guevara-Mosquera, el cónyuge sobreviviente, Pedro Guevara, vendió dos lotes del solar y la edificación aludidos, a Blanca María y María Guevara, por escritura Nº 1461, de 22 de diciembre de 1925, otorgada en la notaría de Popayán.

7º—Blanca María Guevara vendió a Roberto Sánchez M., por escritura Nº 4, de 16 de enero de 1929, otorgada en la notaría del circuito de Popayán, "la parte del inmueble que le correspondió conforme a la escritura Nº 1461, de 22 de diciembre de 1925, compuesto de casa y solar, deslindado así: "por el oriente, calle en medio, con casa de los herederos de don Jesús Córdoba; por el occidente, cerco en medio, con solares de José Rivera, antes de Aurelio Daza y de Miguel Castellanos; por el norte, pared en medio, con las tiendas vendidas a María y Antonio Guevara y con el solar de los mismos Guevaras a que alude la citada escritura, y por el sur, pared de por medio, con la casa que construye actualmente César Vargas, antes de la casa pajiza y mediagua a que alude dicha escritura y por tal pared, en línea recta —cerrando el solar que vende—, hasta dar con propiedad del nombrado señor Rivera, la que, como se dijo, deslinda por el lado occidental".

8º—Roberto Sánchez M. es actual poseedor del inmueble cuyos linderos quedan fijados en el punto anterior.

9º—Pedro Guevara murió el 13 de enero de 1926.

10º—Como no están liquidadas la sociedad conyugal Guevara-Mosquera ni las sucesiones de quienes la formaron, hay una comunidad de bienes que comprende los de ambas sucesiones ilíquidas.

11º—José Gregorio Guevara, hijo legítimo del Guevara y la Mosquera, fue declarado heredero de su padre.

12º—José Gregorio Guevara aceptó la herencia de su madre, puesto que en su calidad de legitimario cedió a César Vargas sus derechos hereditarios.

13º—José Gregorio Guevara cedió a título de venta al expresado Vargas los derechos en las sucesiones de sus padres Guevara y Mosquera, y lo facultó para que hiciese efectivos tales derechos y pidiese la entrega de bienes, todo lo cual consta en la escritura Nº 1181, de 12 de noviembre de 1928, otorgada en la notaría 2ª de Popayán.

Roberto Sánchez M. denunció el pleito a su causante Blanca María Guevara, la cual contestó el libelo por escrito de fecha 1º de mayo de 1933. En la contestación aceptó algunos hechos, negó otros y pidió la prueba de algunos. El mismo día, en escrito especial, propuso las excepciones de carencia de acción, improcedencia de la acción, cosa juzgada y dolo.

El juzgado 3º del circuito de Popayán, por sentencia fechada el 12 de abril de 1934, declaró lo siguiente:

Primero.—Pertenece a la sociedad conyugal ilíquida Guevara-Mosquera un inmueble compuesto de casa y solar, y delimitado así: "por el oriente, calle en medio, con casa de los herederos de Jesús Córdoba; por el occidente, cerca en medio, con solares de José Rivera, Miguel Castellanos y Bartolomé Casas; por el sur, con propiedad de César Vargas, y por el norte, con propiedad de la señora Natividad Velasco v. de Pastrana".

Segundo.—Roberto Sánchez entregará el inmueble a que se refiere la declaración anterior a la sociedad conyugal ilíquida Guevara-Mosquera, en la persona de César Vargas, condueño en dicha comunidad, sin perjuicio de los otros comuneros.

El tribunal de Popayán, por sentencia fechada el 12 de febrero de 1935, confirmó el fallo de primera instancia.

El negocio se halla en la corte por recurso de casación que interpuso el poseedor vencido, quien formuló su demanda con fecha de 3 de diciembre de 1935.

El recurrente acusa la sentencia como violadora de ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida y por errónea interpretación, y expone estos motivos:

Primer motivo.—Cita el recurrente los artículos 669, 740, 756, 759, 1806, 2537, 2652 y 2654 del código civil. Sostiene que por haberse decretado en la sentencia, que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida Guevara-Mosquera el inmueble de que se trata, se ha incurrido en un manifiesto error de derecho y se han infringido directamente los preceptos citados.

Dice el recurrente:

"Al adquirir Pedro Guevara, por medio de las escrituras Nos. 587 de 1889 y 831 de 1890, el inmueble que ahora reclama el de-

mandante como bien propio de la sociedad conyugal y para ésta, cuyos derechos el mismo demandante dice representar, es cierto que el susodicho bien entró a formar parte de los bienes sociales pero sólo para los efectos del régimen interno de administración del haber social y sus resultantes en la liquidación de la sociedad; mas no para terceros, quienes desde el momento de la inscripción del título de Pedro Guevara tuvieron a éste como único poseedor inscrito del inmueble por él adquirido a título oneroso, por más que esta adquisición haya sido hecha durante la existencia de la sociedad, pues el artículo 1806 del C. C. claramente establece que "el marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio". Al vender luégo Pedro Guevara a Blanca María Guevara el mismo inmueble por medio de la escritura número 1461, de fecha diciembre 22 de 1925, e inscribirse este título, la anterior inscripción quedó cancelada y después, al registrarse el instrumento N° 4, de fecha enero 16 de 1929, por medio del cual Blanca María Guevara dio en venta a Roberto Sánchez el bien raíz que aquélla, a su vez, había adquirido de Pedro Guevara, se canceló la inscripción que había sido hecha a favor de ella; y así es como mi poderdante Roberto Sánchez es el único poseedor inscrito del inmueble de que se trata, posesión inscrita adquirida por él a virtud de sucesivas tradiciones, todas igualmente válidas conforme a derecho..."

"En efecto: para llegar a la aludida conclusión, el honorable tribunal de Popayán parte de la base errónea, error de derecho, que consiste en estimar que la disolución de la sociedad conyugal Guevara-Mosquera, producida por la muerte de Faustina Mosqueda, tuvo como resultado inmediato el sacar para terceras personas el inmueble del patrimonio del marido para situarlo en la comunidad en forma tal que aquéllas no podían legítimamente adquirirlo de ésta. Tal apreciación es completamente contraria a derecho, por cuanto desvirtúa abiertamente el sistema de la ley en lo que respecta al derecho de dominio y tradición de los bienes inmuebles, en tratándose de los cuales sólo hace fe lo que conste en el registro o inscripción relativamente a su situación o estado jurídico".

"El bien raíz adquirido por Pedro Guevara durante la existencia de la sociedad, a título oneroso, ingresó, por el ministerio de la ley, al haber social, pero habiéndose fijado la posesión inscrita del inmueble en Pedro Guevara, de manera exclusiva, con todos los atributos de la propiedad o elementos que integran el derecho de dominio, esta situación persistió hasta el momento en que Pedro Guevara, en ejercicio de su facultad de señor y dueño del inmueble, dispuso de éste enajenándolo a título de venta a favor de Blanca María Guevara, sin que la muerte de Faustina Mosquera, ocurrida antes de dicho acto dispositivo, hubiera logrado modificar en lo más mínimo la posesión inscrita, pues sabido es que, según el numeral 1° del artículo 2637 del C. C., el registro o inscripción es el mismo medio apto de la tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos".

Segundo motivo.—Cita el recurrente el artículo 2637 del código civil, y dice que esta disposición y las demás anteriormente aludidas fueron violadas en la sentencia, por infracción directa, porque al declarar ésta que el inmueble pertenece a la sociedad conyugal disuelta se incurre en un manifiesto error de derecho, pues no habiéndose efectuado la liquidación de dicha sociedad, "hace que no conste en forma alguna para terceros el derecho de propiedad que pudo haber asistido a la sociedad conyugal ilíquida respecto del inmueble"; y en cambio, "sí existe en forma legal y plena, libre de toda presunción en contrario, la constancia fehaciente, de plena fe, de que el derecho de dominio sobre el inmueble radicaba en forma exclusiva en cabeza de Pedro Guevara, por ser éste el único poseedor inscrito".

Tercer motivo.—Cita el recurrente los artículos 765, 769 y 2652 del código civil. Dice que el tribunal incurre en violación directa de estos preceptos, al afirmar que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida un inmueble que salió ya del patrimonio del marido, "único dueño para terceras personas, como se ha repetido hasta la saciedad, a la época en que aquél lo enajenó, y sin que en el tiempo que precedió al momento en que quedó inscrito el título de Blanca María Guevara hubiera sido registrado título alguno traslaticio de dominio..." Agrega que las edificaciones deben seguir la misma suerte que el inmueble en donde fueron levantadas.

Cuarto motivo.—Cita los artículos 1804, 1810, 1821 y 1825 del código civil. Dice que si por el tribunal se hubiesen tenido en cuenta las reglas de esos artículos, no se hubiera llegado a la conclusión de que el inmueble pertenece a la sociedad conyugal ilíquida y se hubieran encontrado las excepciones propuestas. No se hizo así, agrega el recurrente, porque "el tribunal, a virtud de

una errónea interpretación de las dichas disposiciones, no las creyó de aplicación al caso del pleito y han venido a ser así violadas, por errónea interpretación y consiguiente inaplicación de las mismas en la sentencia". Observa el recurrente que al reservarse Pedro Guevara parte del inmueble, no parece haber sido su intención "la de defraudar a la sociedad conyugal, por cuanto se reservó bienes para responder de las indemnizaciones, reparaciones o compensaciones a que hubiera lugar en la liquidación..."

La corte considera:

La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso de tiempo.

Esto dice el artículo 1871 del código civil colombiano, cuya doctrina, igual a la seguida por el chileno, se diferencia fundamentalmente de la que en su artículo 1599 trae el código francés, según el cual adolece de nulidad la venta de cosa ajena.

Como es bien sabido, procede tal diferencia de que Colombia y Chile siguieron en este punto al derecho romano y a otras legislaciones antiguas, en que los contratos apenas engendran obligaciones sin transmitir el dominio de las cosas.

Mientras que en Francia el comprador se hace dueño de la cosa por virtud de la compraventa, salvo ciertos casos de excepción que no hay para qué estudiar ahora, en Colombia, merced al mismo contrato, apenas adquiere la calidad de acreedor de ella, para el dominio de la cual queda faltando la tradición.

Si en los orígenes del derecho romano existió la venta-enajenación (mancipatio), recibida por el código napoleónico, tal contrato se transformó después en venta-obligación (stipulatio), adoptada por el código colombiano.

Como la venta en Colombia es un título traslaticio de dominio pero no un modo de adquirir éste, la propiedad radica en el verdadero dueño mientras no se efectúe la tradición.

Enseña el artículo 740 del código civil que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad y la intención de trasferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo.

Esta definición exige en el tradente tres condiciones subjetivas, a saber: que sea dueño de la cosa; que tenga la facultad de trasferir el dominio sobre ella, y que la entrega esté acompañada de la intención de enajenar. Si falta una de estas tres condiciones no hay tradición y por lo mismo no hay tampoco enajenación.

En la venta de cosa ajena existe la última de las tres condiciones, ánimo de transferir, pero faltan las dos primeras: carácter de dueño y facultad de enajenar.

Por eso el artículo 741 llama tradente a la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por ella, lo cual significa que no hay transferencia de la propiedad mientras no haya tradición con los requisitos legales, o sea, que no puede concebirse el tradente fuéra de las condiciones subjetivas que exige la entrega aunque tengan realidad los elementos objetivos en que ésta consiste.

En la tradición de cosas corporales muebles los elementos objetivos consisten en figurar la transferencia por algunos medios, como permitiendo la aprehensión material de una cosa presente, mostrándola, entregando las llaves del lugar donde esté guardada, etc., etc. En la tradición de bienes raíces los elementos objetivos consisten en inscribir el respectivo instrumento en la correspondiente oficina.

Pero no bastan los elementos objetivos. Requiérense también las condiciones subjetivas. En la tradición de muebles no basta significar la transferencia del dominio y figurarla por los medios legales, como no basta en la tradición de bienes raíces inscribir el instrumento en la oficina del registrador. Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de las cosas produzca el efecto de transferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que miradas en la persona del tradente consisten, como se ha dicho, en ser dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia.

Repítese que no es tradente la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella que por la tradición es capaz de transferir y transfiere el dominio de la cosa entregada, es decir, el sujeto provisto de dominio, facultad e intención.

De ahí que según los artículos 742 y 744 del código civil, la tradición no es válida mientras no la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición no puede ser hecha válidamente sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren

dentro de los límites de un mandato o de una representación legal.

Como si estos principios no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio, y así dijo en el artículo 752 del código, que, si el tradente no es el "verdadero dueño" de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

No se habla aquí simplemente de dueño, sino de "verdadero dueño", para condenar de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o aparentes.

Quien compra cosa ajena y la recibe de quien no es su verdadero dueño, está en imposibilidad de tener sobre ella posesión regular.

Posesión regular, define el artículo 764, es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de alcanzada la posesión. Si el título es traslaticio de dominio, enseña el mismo precepto, se requiere también la tradición.

Como la venta es título traslaticio de dominio, conforme al artículo 765, quien compra cosa ajena y la recibe, no se hace poseedor regular de ella, puesto que le queda faltando la tradición válida. Puede acompañarle la buena fe, porque tenga conciencia de haber adquirido el dominio por medios legítimos y de quien tenía la facultad de enajenar. Sin embargo, esa buena fe, hija de justo error en materia de hecho (art. 768), no le basta para que su posesión sea regular. Le quedan faltando el justo título, que no lo es el meramente putativo (art. 766), y la tradición con todos los elementos objetivos y con todas las condiciones subjetivas. Entre estas últimas no se advierten ni el dominio ni la capacidad de quien ha intentado transferir.

Sentados estos fundamentos, se procede a estudiar las causales de casación:

1ª—El haber de la sociedad conyugal, persona distinta de los cónyuges, es un patrimonio autónomo formado por bienes en que figuran los que cualquiera de los dos socios adquiera durante el matrimonio a título oneroso (art. 1781, ordinal 5º, del C. C.).

El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios, formasen un solo patrimonio (art. 1806 del C. C.). Esta ficción, establecida por la ley en beneficio de terceros, dura únicamente mientras dure la sociedad conyugal. Ocurrida la disolución de tal sociedad, sea cual fuere la causa que la determine, se acaba esa ficción. Los bienes sociales continúan siendo de la sociedad conyugal disuelta, sea que se le reconozca cierta personalidad jurídica para los efectos de la liquidación, sea que se la tenga como una comunidad pura y simple. Los muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges entran al haber social. Si se reputa que durante la sociedad el marido es ante terceros dueño de esos bienes, tal ficción no alcanza a trasladarlos del dominio social al dominio particular del administrador. La sociedad goza y dispone de ellos arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, en ejercicio del dominio definido por el artículo 669 del código civil. Que la disposición se haga por conducto del marido, administrador del patrimonio y dueño ficto de los bienes, no es razón para deducir que éstos pertenecen a persona distinta de la sociedad conyugal.

La tradición requiere los requisitos subjetivos y objetivos de que se habló en el preámbulo de este estudio, lo cual resulta de comparar los artículos 740, 756 y 759 del código civil. Es verdad que están sujetos al registro o inscripción los títulos, actos y documentos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, así como los actos de partición de inmuebles, y que uno de los principales objetos del registro es servir de medio de traslación del dominio de los inmuebles, todo de acuerdo con lo mandado por los artículos 2637, 2652 y 2654 del código civil. Pero todos estos preceptos deben aplicarse atemperándolos a otros principios también fundamentales, como el de que los inmuebles adquiridos por un cónyuge a título oneroso no acrecientan su patrimonio particular sino el de la sociedad; como el de que la ficción de que esos bienes pertenecen al marido cesa con la disolución de la sociedad; como el de que disuelta la sociedad pierde el marido la administración de los bienes de ésta; como el de que esos bienes son ya de la entidad disuelta o de una comunidad formada por el marido y por los herederos de la mujer, y como el de que la venta de cosa ajena no priva al verdadero dueño de sus derechos para reivindicar la cosa vendida.

No se ve cómo disuelta la sociedad por muerte de la mujer, y extinguida por ende la administración del marido, pueda el exsocio supérstite disponer arbitrariamente, contra derecho ajeno, de un acervo en que apenas tiene acciones. Porque cumplida la disolución, el "verdadero dueño" capaz de entregar eficazmente los bienes de esa masa

autónoma e ilíquida no es el marido sobreviviente ni alguno de quienes heredan a la mujer difunta. No. El "verdadero dueño" es la sociedad disuelta y en liquidación, dentro del sistema de la personalidad prolongada, o son conjuntamente el cónyuge y los herederos de la cónyuge, como condueños de una cosa universal, dentro del sistema de la comunidad pura y simple.

La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título material en la oficina de registro de instrumentos públicos. Cuando la sociedad conyugal, por conducto de uno de sus socios o de los dos conjuntamente, adquiere alguna finca, para lo cual el título de adquisición debe ser oneroso, el instrumento se anota en la oficina de registro. Aunque en la diligencia figura el nombre del cónyuge, varón o mujer, que actuó como contratante, o los de ambos cónyuges si actuaron juntos, y no el nombre de la sociedad conyugal, a cuya existencia ni siquiera se alude, esa sociedad es la persona que por la tradición inscrita adquiere el dominio del inmueble recibido por el esposo o los esposos que ostensiblemente se gravó o se gravaron a beneficio del tradente. No hay duda, ante los términos del artículo 1781, ordinal 5º, del código civil, que en tal tradición el adquirente fue la sociedad conyugal. Que ella no figure en el registro, como no suele figurar, será ocasión de dificultades en la práctica, es innegable; pero ello no hace que la cosa, desviándose de su destino natural, aumente el patrimonio del socio contratante cuando la ley ha dispuesto que entra al haber de la sociedad. No es esencial, aunque sí generalísimo en la tradición de inmuebles, el anotar nominativamente la persona del verdadero adquirente. La prueba es que cuando la mujer compra un inmueble, es ella quien figura como adquirente en el registro, y sin embargo, es el marido, como administrador de la sociedad conyugal, o sea del "verdadero dueño" por tradición, quien puede enajenar la cosa con el mismo derecho con que enajena los bienes raíces que por conducto suyo entraron al haber social. Con el criterio del recurrente, los terceros podrían comprar a la mujer sola como única poseedora inscrita del inmueble. El argumento no debe hacerse diciendo que el dueño es el cónyuge anotado como adquirente en el registro, sino más bien observando cómo los principios generales sobre registro se quiebran excepcionalmente cuando es la sociedad conyugal quien adquiere inmuebles.

Si el bien raíz adquirido a título oneroso entrara a formar parte de los bienes sociales pero sólo para los efectos del régimen interno de la sociedad conyugal y no ante terceros, como lo sostiene el recurrente, no hubiera necesidad de dar al marido el carácter de libre administrador de los bienes sociales, como se lo da el artículo 1805, ni la hubiera tampoco de crear la ficción del artículo 1806. Aquel carácter de administrador y esta ficción de dominio se requieren justamente, tratándose de inmuebles, porque el registro en cabeza del marido no alcanza por sí solo para dar a éste la facultad de enajenar bienes cuyo "verdadero dueño" es la sociedad conyugal.

Todo descansa en que los títulos traslaticios de dominio dan o transfieren la posesión efectiva al adquirente, esto es, a la persona que tiene la intención de adquirirlo para sí, por modo directo o mediante mandatarios o representantes legales. El registro sirve de manera de tradición del dominio de los bienes raíces, pero no en provecho de persona distinta del verdadero adquirente.

Con apoyo en las anteriores razones, cree la corte que el tribunal no ha violado, como lo estima el recurrente, los artículos 669, 740, 756, 759, 1806, 2637, 2652 y 2654 del código civil, al decretar en la sentencia, como lo decretó, que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida Guevara-Mosquera el inmueble de que se trata.

2º—Ni las anteriores disposiciones, ni la especialmente citada en el artículo 2637 del código civil violó el tribunal en forma alguna, como lo estima el recurrente, al declarar que el inmueble pertenece a la sociedad conyugal disuelta, porque la circunstancia de que la legislación colombiana sea deficiente en punto de registro de inmuebles, y se preste a errores de terceros en caso como el que se estudia, será talvez motivo para introducir modificaciones en esta legislación pero no para sacar la consecuencia de que no pertenece a una sociedad conyugal disuelta lo que el código civil ha dicho que le pertenece.

3º—Por las razones apuntadas en los números 1 y 2, no violó el tribunal los artículos 765, 769 y 2652 del código civil, al afirmar que la sociedad conyugal ilíquida es el único dueño ante terceros del inmueble enajenado por el cónyuge sobreviviente.

4º—Tampoco violó el tribunal los artículos 1804, 1810, 1821 y 1825 del código civil, que no proceden al caso en estudio. El tribunal no ha dicho que el cónyuge no deba a la sociedad los perjuicios que a ésta hubiere ocasionado por ciertas causas; ni admite principios distintos de los establecidos en el código sobre disposición de los inmuebles de la mujer, sobre confección de inventario y tasación de bienes y sobre acumula-

nes imaginarias al haber social. No había qué ni para qué aplicar estas disposiones, ajenas completamente del litigio.

Las fechas de matrimonio, adquisición del mueble a título oneroso y muerte de la cónyuge, que constan en documentos públicos, son prueba ante terceros de que el inmueble vendido por el cónyuge sobreviviente no era suyo, ni de un patrimonio que él administrara. La buena fe del comprador no alcanza a darle el carácter de propietario frente a los verdaderos dueños.

No se ha tenido en cuenta la ley 28 de 1932 sobre reformas civiles, llamada usualmente ley de régimen patrimonial, porque todos los hechos a que se refiere el presente juicio tuvieron cumplimiento con anterioridad al 1º de enero de 1933, día en que empezó a regir dicha ley.

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, falla:

No se infirma la sentencia recurrida.

No aparecen costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO

La tesis básica del presente fallo, en el pleito de César Vargas contra Roberto Sánchez, no es compartida por los suscritos en la forma absoluta que aquí se plantea y desarrolla. El pensamiento de ellos al respecto queda expuesto ampliamente en la sentencia de esta misma fecha dictada en el juico ordinario entre los señores Ernesto González Piedrahita y Apolinar Guzmán, en que se casa la del Tribunal de Cali.

Siguiendo lógicamente la misma tesis de aquella a que se acaba de aludir, hallan que el caso de ese pleito es distinto del caso presente, por diversas razones, de las cuales la principal, suficiente por sí sola para no casar aquí el fallo recurrido, es que por el título presentado al vender en enero de 1929 la señorita Blanca Guevara, o sea, el conferido a ella en diciembre de 1925 por su padre, Pedro Guevara, no pudo menos de ser advertido Roberto Sánchez sobre antecedentes y detalles que debió indagar, lo que precisamente lo habría conducido a saber la constitución y disolución de la sociedad conyugal Guevara-Mosquera. Estuvo él, pues, en capacidad y consiguientemente en el deber de prudencia de proveer a una indagación hasta impuesta por el contexto mismo de aquella escritura, por sus estipulaciones sui generis. Por tanto, no le asiste la inexcusabilidad del error en que dice haber incurrido y no puede, por lo mismo, ser amparado por su título de comprador al punto de prevalecer éste sobre el de la sociedad conyugal disuelta.

La oposición entre las partes resolutivas de las dos sentencias citadas, ambas de hoy, obliga a los suscritos a las precedentes advertencias, a fin de evitar y prevenir toda apariencia de contradicción en sus tesis y conceptos.

Como se ve, estas declaraciones no implican salvamento de voto en la parte resolutiva del presente fallo. Apenas alcanzan a serlo en su parte motiva, porque en rigor no hay discrepancia entre las dos tesis, sino sobre la forma absoluta e irrestricta con que en el presente fallo se sostiene la prevalencia, en todo caso, del título de la sociedad conyugal disuelta, sin salvedad ni cortapisa.

Bogotá, veinte de mayo de mil novecientos treinta y seis (1936).

Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.

EFECTOS DE LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ANTE TERCEROS DE BUENA FE EXENTOS DE CULPA, EN CUANTO A LAS VENTAS DE INMUEBLES HECHAS POR EL MARIDO

Planteado en innumerables ocasiones ante el Poder Judicial el gravísimo problema —íntimamente relacionado con la seguridad y estabilidad de la propiedad inmueble— concurriente a las ventas hechas por el marido —después de muerta la mujer y antes de verificarse la partición— de fincas adquiridas a título oneroso durante el matrimonio, los jueces y tribunales tradicionalmente habían resuelto esa cuestión en el sentido de que los poderes del marido cesaban automáticamente, inclusive con respecto a los terceros de buena fe exentos de culpa, desde el instante mismo de la muerte de la esposa y de que, en consecuencia, la venta hecha por el marido debía considerarse como de cosa ajena, por lo cual debía prosperar la reivindicación contra el tercero, aunque éste probara su buena fe y demostrara la prudencia y diligencia con que obró al contratar.

En la sentencia que se publica en seguida la Corte ha modificado esa doctrina sustancialmente, y ha hecho una nueva interpretación de los artículos 1805 y 1806 del C. C., apoyada en los principios sobre el "error común hace derecho" y sobre la BUENA FE EXENTA DE CULPA, así como en el sistema colombiano de registro y en las relaciones entre éste y el error común.

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

PRIMERA PARTE

Antecedentes

El 29 de noviembre de 1865 contrajeron matrimonio católico, no civil, en la parroquia de Florida, Arquidiócesis de Popayán, Alonso Triviño y Adelaida Paz.

Por medio de la escritura Nº 16, de 23 de enero de 1873, de la Notaría 2ª del Circuito de Cali, Alonso Triviño le compró a Petrona Escobar un lote de terreno situado en el barrio de San Nicolás de la ciudad de Cali.

El 29 de agosto de 1894 falleció la mencionada señora Adelaida Paz de Triviño.

Muerta Adelaida Paz de Triviño, se registró, el 16 de enero de 1906, la escritura de compraventa otorgada en enero de 1873, a que ya se aludió.

Por medio de la escritura Nº 287 de 31 de marzo de 1920, de la Notaría de Cali, Alonso Triviño vendió, como de su propiedad, a Francisco A. Palacios, la mitad del mencionado lote de terreno, y por escritura Nº 80 de 9 de febrero de 1929, de la misma Notaría, el expresado Triviño le vendió la otra mitad del lote a Francisco Luis Velásquez.

El 21 de febrero de 1923 el Juez 2º del Circuito de Palmira aprobó la partición de los bienes que usufructuaba o de que era responsable la sociedad conyugal que existió entre el señor Alonso Triviño y la señora Adelaida Paz, disuelta desde 1894 por fallecimiento de esta última. En esta partición le fue adjudicado a Aquilina Triviño Paz viuda de Potes, como descendiente legítima y con audiencia y anuencia de su padre, Alonso Triviño, el mismo lote que éste había vendido pocos meses antes, en la forma que se deja expresada.

Fundándose en esa adjudicación y en los demás hechos arriba resumidos, la señora Aquilina Triviño Paz viuda de Potes y los doctores Ernesto González Piedrahita y Hernando Caicedo, que le habían comprado a dicha señora la mitad del lote en cuestión, demandaron en juicio ordinario de reivindicación al doctor Apolinar Guzmán, señalado como poseedor del lote por virtud de las compras hechas a Francisco Luis Velásquez y Francisco A. Palacios.

El juez de primera instancia condenó al señor Apolinar Guzmán a restituir el inmueble referido y las mejoras, previa indemnización de estas últimas, advirtiendo que los demandantes, para recobrar el lote de terreno, están obligados a pagar al demandado, no sólo el valor de esas mejoras, sino también las sumas que por razón de alcantarillado y pavimentación, así como por razón de impuestos municipales, hubiera pagado Guzmán. Los demandantes quedaron también obligados, al tenor de esa sentencia, a pagar al demandado los gastos hechos por éste para producir los frutos civiles.

El Tribunal de Cali confirmó el fallo de primera instancia, con la aclaración de que los demandantes, para el pago de las mejoras útiles, tienen el derecho de opción que les concede el art. 965 del C. C., y con la advertencia de que "para los pagos que por prestaciones mutuas deben hacerse las partes se ajustarán éstas a las prescripciones del art. 553 del C. J., sin necesidad de que

esas prescripciones se determinen en otro juicio".

Contra la expresada sentencia recurrió el señor Guzmán por medio de apoderado.

Entre los cargos formulados contra la sentencia aparece el de violación, por aplicación indebida, del art. 1401 del C. C., que fue el texto en que se apoyó principalmente el Tribunal para llegar a la conclusión de que las ventas hechas por Alonso Triviño deben ser consideradas como ventas de cosa ajena y que, por ello, la adjudicataria Triviño de Potes y quienes a ésta le compraron parte del inmueble pueden reivindicar. Para considerar aplicable al caso el art. 1401, el Tribunal tuvo en cuenta el art. 2335 del C. C.

SEGUNDA PARTE

Examen de los cargos

El examen de los cargos formulados contra la sentencia —y más concretamente, el estudio de la acusación fundada en la infracción del artículo 1401— implica la previa dilucidación de estas dos cuestiones trascendentales, íntimamente relacionadas entre sí:

a)—Los poderes de administración del marido sobre los bienes sociales, de que habla el art. 1805 del C. C., y la confusión del patrimonio del marido con el de la sociedad conyugal, a que se refiere el texto subsiguiente, cesan automática, mecánicamente, en el momento mismo de la disolución de la sociedad, con respecto a terceros de buena fe, víctimas de un error invencible, en forma tal que dicha disolución pueda ser alegada eficazmente contra tales terceros cuando éstos, sin haber conocido ni podido conocer la referida disolución, negocian con el marido sobreviviente?

b)—La partición de los bienes de la sociedad conyugal tiene, como la partición de los bienes de la herencia a que se refiere el art. 1401 del C. C., un efecto retroactivo absoluto, implacable, que pueda ser alegado invariablemente por el respectivo adjudicatario contra los terceros de buena fe que negociaron con el marido después de disuelta la sociedad, o dicho efecto retroactivo está restringido y condicionado por principios superiores y generales de derecho, así como por el sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble?

Para resolver estas dos cuestiones no basta invocar y aplicar, de una manera mecánica y con un rigor lógico simplista, la regla **nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet**, sobre la base de un efecto retroactivo irrestricto de la partición, fundado en el art. 1401 del C. C.

Fuera de que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble incide, por lo que atañe a terceros de buena fe, sobre los efectos de la partición de los bienes de la sociedad conyugal, las dos cuestiones planteadas se relacionan tan íntima y directamente con el principio de la buena fe en su misión creadora y con la tradicional máxima **error communis facit jus**, que la Sala considera necesario, para elucidar las aludidas cuestiones, entrar a estudiar a fondo estos cuatro puntos, que constituyen otros tantos factores de solución: a) aplicaciones del principio fundamental de la buena fe en su misión creadora a la protección legal a los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho; b) aplicación de la máxima "error communis facit jus" a las operaciones celebradas por el marido después de disuelta la sociedad conyugal, en relación con inmuebles adquiridos por ésta o para ésta; c) generalización o interpretación extensiva del principio consagrado en los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil; d) el sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble y los terceros de buena fe.

Antes de entrar a considerar cada una de esas cuestiones es necesario poner de manifiesto que el presente caso no se relaciona para nada con las sociedades conyugales regidas por la ley 28 de 1932 y que la persona contra la cual se pretende la reivindicación no le compró directamente el inmueble de que se trata a quien había sido jefe de una sociedad conyugal ya disuelta.

El demandado los compró el inmueble en referencia a Francisco Luis Velásquez y a Francisco A. Palacios. Este le había comprado una parte de la finca a Susana Varela, a quien se le había adjudicado en la sucesión de Luis Aragón, el cual, a su vez, le había comprado al ya citado Francisco A. Palacios, quien en 1920 había negociado con Alonso Triviño, cónyuge sobreviviente de la sociedad conyugal Triviño-Paz. Velásquez, por su parte, le había comprado a Alonso Triviño en 1921. Se hace esta advertencia porque las reglas y principios que van a exponerse sobre protección a terceros de buena fe pueden tener restricciones, limitaciones o modificaciones cuando el tercero ha negociado directamente con quien había sido jefe de una sociedad conyugal disuelta.

CAPITULO I

Aplicaciones del principio de la buena fe a la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho

"Desde que el derecho se humanizó —dice Gorphe— se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio de la buena fe y que se impuso al respeto general". "La noción jurídica de la bona fides —agrega el mismo autor más adelante— se impregnó de ideas morales y religiosas desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del derecho privado".

El principio de la buena fe, según la doctrina brillantemente expuesta por el autor citado, tiene una función creadora, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función adaptadora para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b) como objeto de obligación en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones; c) como objeto de protección legal.

Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho.

Entre esas aplicaciones se destaca la concerniente a los actos jurídicos celebrados con el titular aparente de un derecho.

"Aquí – dice el autor citado— la eficacia de la buena fe presenta una gravedad particular, en cuanto ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho. La cuestión se presenta bajo la forma de un conflicto de derechos entre el verdadero titular y el tercero de buena fe, causahabiente del titular aparente: uno de los dos debe necesariamente ser sacrificado".

Planteado ante la Corte de Casación francesa ese conflicto, en un asunto célebre (affaire de la Boussiniére), lo resolvió dicha alta entidad, por superiores motivos de equidad y de utilidad social, en el sentido de proteger al tercero de buena fe. Se trataba de un negocio celebrado con un heredero aparente. Sin ningún texto aplicable al caso controvertido, la citada Corte declaró que los actos jurídicos ejecutados por los terceros de buena fe con el heredero aparente podían ser opuestos a los herederos verdaderos, aunque no se probara culpa de estos últimos.

Esa jurisprudencia fue adoptada por la Corte de Casación rumana, que aplica el mismo Código de Napoleón, y ha sido comentada de esta suerte por el profesor Capitant:

"La cuestión de saber si los actos de disposición ejecutados por el poseedor de la sucesión se pueden oponer al heredero que ha hecho conocer su derecho a la herencia, no tiene interés en lo concerniente a los actos relativos a muebles. En efecto, para los muebles corporales y los títulos al portador, el adquirente está protegido contra la reivindicación del heredero por la regla: tratándose de muebles, la posesión vale como título, y, por otra parte, el art. 1240 del C. C. valida los pagos hechos al poseedor de la acreencia. La cuestión no puede, pues, plantearse sino para los muebles incorporales. Para los inmuebles tiene, en cambio, una grande importancia, y ha dado lugar a cuatro sistemas diferentes que se encuentran en el Tomo X, N° 616, de Aubry et Rau. El más riguroso de ellos, que se apoya sobre el principio: **nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet**, se pronuncia por la nulidad de estos actos, no obstante la buena fe del adquirente. Es el mismo que habían adoptado las antiguas sentencias de las cortes de apelación. "Por el contrario, la Corte de Casación, desde el 3 de agosto de 1815, se pronunció en favor de la validez de los actos ejecutados por el heredero aparente cuando el adquirente es de buena fe. Desde entonces la Corte no ha cambiado, pero sí ha invocado diversos argumentos. En tres sentencias de la Sala Civil, de 16 de enero de 1843, (D. P. 1843, 1. 49; S. 1843, 1. 97), se refirió a la idea de **saisine collective**. Actualmente invoca el error común e invencible que ha engañado a los terceros. Y sostiene que no hay lugar a distinguir si el poseedor de la herencia es un sucesor ab intestato o un legatario, y que tampoco hay lugar a tomar en cuenta su buena o su mala fe. Solamente son necesarrias dos condiciones: el error communis y la buena fe del adquirente".

Se ha discutido mucho en los últimos años la cuestión de si esa solución admitida con respecto a los actos celebrados por terceros de buena fe con un heredero aparente, puede ser extendida a todos los actos celebrados con un propietario aparente.

La Corte de Casación francesa, en sentencia de 20 de junio de 1910, relativa a otro caso célebre, en que ya no se trataba de un heredero aparente sino de un pro-

pietario aparente, puso, por encima de los intereses del verdadero titular del derecho, los del tercero de buena fe que había negociado con el propietario aparente: por acto notarial regularmente transcrito un señor Maujan había adquirido en 1900, de un señor Baptin, una caída de agua llamada Saut-du-Cluzal y un terreno llamado Barru, en Saint-Barthelemy-le-Plein, y después, en 1906, por acto notarial regular, había consentido una hipoteca en favor de un señor Durupt, cuando en realidad el Saut-du-Cluzal pertenecía ya a la Sociedad de Minas de Saint-Barthelemy-le-Plein.. La Corte de Nimes consideró que el adquirente estaba investido, con respecto a terceros de buena fe, y en virtud de un título regular, de todos los caracteres de verdadero propietario, y que nada demostraba que el acreedor hipotecario hubiera sabido que tal adquirente no era el verdadero propietario. La Corte de Casación declaró que la hipoteca era oponible a la sociedad propietaria, en estos términos: "Considerando que las hipotecas consentidas por el propietario aparente de un inmueble, en virtud de un título regular, son válidas y tienen efecto en favor de los acreedores de buena fe con respecto al propietario verdadero..."

"Este principio —comenta Gorphe— es interesante. Consagra la validez de los actos de terceros de buena fe aún en los casos en que no aparezca responsabilidad del verdadero propietario y sobre una base mucho más amplia que la del art. 1321. Completa perfectamente, por otra parte, el principio de la protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco y suizo, que regulariza el título del propietario aparente".

Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un máximum de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente.

"Nadie puede invocar su buena fe —dice el Código Federal suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe".

Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad.

Ni está por demás advertir que la presunción general de buena fe contenida en el art. 769 de nuestro Código Civil es muy frágil y susceptible de ser destruída por presunciones simples y especialmente por las que conduzcan a la conclusión de que un hombre prudente y diligente habría hecho investigaciones, averiguaciones y gestiones omitidas por el tercero que invoca la buena fe.

Pero si, al contrario, aparece que hubo un justo motivo para llegar a la convicción de que el heredero aparente era el verdadero heredero o de que el propietario aparente era el verdadero titular del derecho, y además resulta que cualquiera otra persona, por avisada y diligente que se la suponga, habría tenido también justo motivo para llegar honesta y lealmente y de manera excusable a la misma convicción, la buena fe puede entonces llegar a tener esa función creadora de derecho de que habla Gorphe, cuyas características generales y cuyas condiciones de aplicabilidad se precisarán en los párrafos siguientes, al estudiar los otros puntos enunciados, que no sólo se relacionan íntimamente con este del principio de la buena fe, sino que constituyen el complemento indispensable de lo hasta ahora expuesto.

CAPITULO II

La máxima "error communis facit jus"

Para explicar y reglamentar técnicamente algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe —los que miran a la validez de los actos jurídicos realizados en virtud de apariencias engañosas: actos otorgados ante testigos incapaces; contratos celebrados con una sociedad irregularmente constituída, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente habilitados o con titulares aparentes de un derecho— la doctrina y la jurisprudencia extranjeras han invocado la vieja máxima según la cual el error común crea el derecho, máxima que, aunque no consagrada explícitamente por ninguna legislación moderna, se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo.

"Según la expresión de Gény —anota Josserand— todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; al rededor de la regla formal, al rededor del derecho escrito,

vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de standars, en los cuales distingue muy justamente Hauriou los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de super-legalidad. Entre esas directivas pueden citarse... la regla error communis facit jus, la teoría de enriquecimiento sin causa y, sobre todo, la del abuso del derecho: aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios es tan cierta como puede serlo la de los principios consignados en los términos más expresos e imperativos. Más aún: aquellos dogmas consuetudinarios están por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio, socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción".

En el mismo sentido, Bonnecase, en el último tomo de su conocido Suplemento (Sirey, 1936) afirma que "la consagración por el derecho actual de la regla error communis se justifica sobre el fundamento de la salvaguardia del crédito público".

Ya la Corte de Apelación de París, muchos años antes, había sostenido que dicha regla "pertenece a ese depósito de máximas que ha sido constantemente considerado como el verdadero suplemento de la legislación".

Por su parte, Algiu, en su tesis sobre esa máxima, había afirmado que la vida de la regla error communis se ha perpetuado desde el derecho romano hasta la legislación moderna y que en completo acuerdo con los principios de la interpretación la jurisprudencia la aplica en numerosos casos.

Algunos autores, como Mazeaud ("Revue trimestrielle de droit civil", 1924) interpretan esa máxima con mucha amplitud: le señalan un vasto campo de aplicación.

"Sea como fuere —dice Mazeaud— el adagio error communis, tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuir, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible se coloca en el mismo pie de igualdad de la realidad. La máxima error communis aparece, pues, como una regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento tan poderoso que sacrifica el interés individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante. No hay que perder de vista, en efecto, que la aplicación de la máxima conduce siempre a sacrificar a los que lógicamente deberían triunfar porque invocan en apoyo de su protección la verdad contra el error. Hay ahí un conflicto de intereses fácilmente solucionable cuando el que se ampara con la ley pretende solamente sacar provecho del error en que incurrió su contratante; pero el conflicto llega a ser particularmente inquietante cuando cada una de las partes es de buena fe y no ha incurrido en culpa alguna. Es el caso de los actos ejecutados por el propietario aparente o por el mandatario aparente. Pueden invocarse consideraciones de equidad en favor del propietario verdadero más bien que en favor del tercero que ha tratado con el propietario aparente o en favor del mandante aparente más bien que en favor de quien ha tratado con el mandatario aparente? Ya veremos que, sin embargo, en esos casos nuestra jurisprudencia hace triunfar la apariencia invencible".

Otros autores como Demogue y el ya citado Bonnecase, proponen una interpretación más estricta de la regla.

"La máxima se aplica con razón, dice Demogue. Pero hay que distinguir dos situaciones distintas. Si la aplicación de dicha máxima no lesiona ningún interés, si el error no ha causado perjuicio a nadie, la máxima se aplicará sin ningún obstáculo. Será el caso en que se trate de una simple regla de forma (error sobre la capacidad de un testigo, etc.). Si, por el contrario, la aplicación de este adagio tropieza con intereses muy serios: deseo legítimo de consagrar la verdad, deseo de proteger al verdadero propietario, etc., no se aplicará siempre. Los textos, y a falta de éstos la jurisprudencia, fijarán su campo de aplicación. Es el caso cuando se trata de la posesión de estado, o de la posesión, especialmente para el causahabiente del heredero aparente".

Todos los autores concuerdan, eso sí, en que lo mismo da para el caso el error de hecho que el error de derecho y en que para la aplicación de la máxima se requieren estos requisitos:

a)—Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal pero sí colectivo;

b)—Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe: "No basta la excusabilidad ordinaria; es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar. En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen derecho de ignorar lo que ha sido publicado: así, el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos".

"En realidad, agrega el mismo autor, el error común no sirve sino para hacer presumir que fue invencible el error invocado".

Con la expresada máxima tiene íntima relación la llamada teoría de la apariencia, de tan extraordinario interés en la ciencia jurídica contemporánea. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva. Mazeaud, que se preocupó por estudiar las relaciones entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esa teoría. "La situación de hecho contraria al derecho nacida del error invencible, debe ser mantenida, agrega dicho autor... No habría seguridad social si quien obra con toda la prudencia necesaria no se encontrara protegido. Hay allí una concepción que se desprende de la moral y que es tanto más interesante cuanto parece dirigir nuestra jurisprudencia en todas las ramas del Derecho".

"La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas, comenta Gorphe en el mismo sentido, hace que sea cada vez más imposible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se vea cada vez más obligado a fiarse de la apariencia. Es el aspecto bajo el cual vuelve a aparecer en el derecho moderno la antigua importancia de la forma. El error que se presenta bajo la forma engañosa de la verdad, es tratado como la verdad misma".

CAPITULO VII

Generalización o interpretación extensiva de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1946, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil

En los artículos 149 y 150, que reglamentan los efectos del matrimonio putativo, y conforme a los cuales son legítimos los hijos procedidos en un matrimonio nulo y no se anulan ni se revocan ni se resuelven las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, se consagra no solamente una medida de protección a los hijos sino también una aplicación del efecto creador de la buena fe: desaparecida la causa de las donaciones y promesas a que se refiere el art. 150, éstas no podrían subsistir por falta de causa si la noción de buena fe, en su misión creadora, no fuera bastante para suplir la causa real de esas donaciones y promesas.

En el artículo 947, a la apariencia razonable de derecho se la hace producir, en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que al derecho mismo: basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, para que —como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella— no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho.

En los artículos 1547, 1548 y 1933, el legislador limitó, en favor de los terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias. La aplicación rigurosa de la antigua máxima "resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis", conduciría a sacrificar al tercero que ha comprado la cosa que se debe bajo condición o ha obtenido a su favor una hipoteca sobre tal cosa. Pero basta que la condición no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, para que —sobre la base de la presunción de buena fe que de allí resulta en favor del otro— quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución.

Dentro del mismo orden de ideas, el inciso segundo del art. 1634 declara válido el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión de un crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. La apariencia de acreedora en la persona que recibió el pago debe llegar, en esa hipótesis, a un error plenamente excu-

sable por parte del deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho.

El artículo 1766 les desconoce en absoluto efectos contra terceros, tanto a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en una escritura pública, como a las contra-escrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz. Y el artículo 1779, aplicando el mismo principio a las capitulaciones matrimoniales, establece que no valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan a las capitulaciones matrimoniales aun cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores al margen del protocolo de la primera escritura.

En todas las hipótesis a que se refieren estos textos, los terceros quedan protegidos contra las consecuencias de actos jurídicos que no estuvieren en capacidad de conocer. En esta circunstancia —la de que tales terceros no pudieron conocer dichos actos jurídicos— funda el legislador la limitación de los naturales efectos de esos actos.

Por medio de los artículos 1940 y 1944 se sujeta a lo dispuesto en los ya citados artículos 1547 y 1548 el efecto, contra terceros, del pacto de retroventa y de otros pactos accesorios al contrato de venta, para que los terceros que no hayan podido tener conocimiento, por el registro, de tales pactos, no vean burlada, como consecuencia de éstos, su creencia excusable.

Pero todavía se ve mucho más claro el efecto creador de la buena fe en los artículos 2140 y 2199. Según el primero de esos textos, la disolución de una sociedad antes de expirar el término prefijado, no puede alegarse contra terceros sino cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar, o cuando se prueba que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios. El segundo de los artículos citados protege al tercero de buena fe que negoció con un mandatario aparente cuyo mandato no se ha publicado la expiración del mandato y parece probable la ignorancia del tercero.

En una y otra hipótesis, contra una realidad jurídica —disolución anticipada de la sociedad, expiración del mandato— la ley consagra en favor de los terceros de buena fe, el fundamento de la apariencia que los condujo a un error excusable. La realidad es la disolución de la sociedad, en un caso, y en el otro, la falta de mandato. La apariencia, derivada de la no publicidad, es la no disolución en la primera hipótesis, y la existencia del mandato, en la segunda. Al tercero que se atuvo a la apariencia no lo sacrifica la ley en nombre de la realidad.

Por las anteriores citas, que podrían multiplicarse, se ve claramente que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho, de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas, implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuído en todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho.

Se trata de saber si todas esas disposiciones constituyen normas de excepción que deban interpretarse restrictivamente, o si, por el contrario, representan simples aplicaciones —en hipótesis especiales y concretamente previstas por el legislador— de un principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código.

Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales concernientes a la buena fe y al error común, sirve para eliminar, en este caso, los frecuentes factores de error que presentan, en lo general, las construcciones jurídicas a base de generalización de textos, y permite asegurar que las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional, que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador —para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente— del principio general y superior de derecho consignado en la máxima error communis facit jus, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que, a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe.

Para el caso presente —dicho sea de paso— no es necesario darle a esa máxima el

vastísimo alcance que le dan los autores que, como Mazeaud, le señalan un mayor campo de aplicación.

Aún aceptando la concepción restrictiva de los expositores que, como Bonnecase y Demogue, se empeñan en limitar y circunscribir su dominio, dicha máxima lleva inevitablemente, como se verá más adelante, a estas dos conclusiones, que son las únicas que en el presente litigio hay que destacar y precisar:

a)—No cesan mecánica y automáticamente, en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, en cuanto se refieren a terceros de buena fe víctimas de un error invencible, los efectos jurídicos de los artículos 1805 y 1806 del Código Civil;

b)—El efecto retroactivo de la partición de los bienes de la sociedad conyugal no tiene ni puede tener el carácter absoluto que tiene el de la partición de los bienes herenciales, conforme al artículo 1401, sino que está condicionado por lo que acaba de exponerse en relación con los artículos 1805 y 1806.

CAPITULO IV

El sistema colombiano de registro y los terceros de buena fe

En el mensaje del Poder Ejecutivo chileno dirigido al Congreso, con el cual se acompañó el proyecto de Código Civil, el cual mensaje, según es sabido, es obra de Bello, se justifica en estos términos la institución del Registro, tal como estaba formulada en el referido proyecto y quedó en el Código:

"En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, inclusas las trasmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las trasmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial. Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente, sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse. La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia".

De conformidad con ese pensamiento y para realizar los fines allí indicados, se organizó, lo mismo en Chile que entre nosotros, el registro o inscripción de los instrumentos públicos, no sólo para servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituídos en ellos, sino también para dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o los imponen gravámenes o limitaciones, "poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble", según la expresión del propio legislador.

Dentro de ese orden de ideas estableció la ley, como una de las obligaciones fundamentales de los registradores, la de "certificar, con vista de los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar y respecto de los cuales quieran los interesados saber tal situación: esto es, quién sea el propietario del inmueble o inmuebles..."

Y para que pudieran cumplirse esas finalidades tan clara y explícitamente expresadas así por los autores del Código como por el texto mismo de la ley, dispuso ésta, además, que el registrador llevara, entre otros, un libro de registro número primero, con su adecuado índice en cinco columnas, para la inscripción de los títulos "que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles, o que varíen el derecho de administración".

Entre los títulos, actos y documentos sujetos al registro, menciona expresamente la propia ley aquellos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces y para que todo condujera a la realización de esa finalidad antes aludida se dispuso que el registro o inscripción de los títulos

traslaticios del dominio de los bienes raíces, de los constitutivos de hipoteca "y demás relativos a inmuebles", se verificaría en la Oficina de Registro del lugar en que el inmueble esté citado.

Finalmente el legislador, después de reglamentar prolijamente el modo de hacer el registro, estableció la doble norma fundamental en la materia de que "ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas", y de que "ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro".

Sobre la base de que el registro de la propiedad inmueble tiene las finalidades antes indicadas y está organizado de manera de poder averiguar en cualquier momento quién es el titular de un derecho de dominio sobre una finca raíz, las personas prudentes y diligentes, cuando proyectan un contrato de compraventa o un préstamo con hipoteca o cualquier otra operación jurídica que requiera una previa certidumbre sobre el carácter de dueño del que va a vender o a hipotecar, etc., se limitan a pedir el certificado correspondiente en la respectiva oficina de instrumentos públicos y a exigir la exhibición de las escrituras públicas correspondientes a un período de treinta años, en que consten los actos jurídicos concernientes a las transferencias o mutaciones del dominio en ese lapso.

Con el certificado del Registrador se cerciora el presunto adquirente o prestamista de que aparece efectivamente inscrito como dueño del respectivo inmueble el que se presente a la negociación como titular del derecho de dominio, y con las escrituras aludidas averigua si en el proceso de transferencias de propiedad que culminó en esa inscripción hay irregularidades que puedan conducir a una nulidad, a una resolución, a una revocación o a una reivindicación que cambien, con efecto contra el presunto adquirente, la situación jurídica que aparece en el respectivo certificado del Registrador.

Eliminados, con tales elementos, hasta donde ello es posible, los factores de error que pueda haber para llegar a la creencia concienzuda de que efectivamente es propietario incondicional del inmueble el presunto vendedor o prestatario, se procede habitualmente a la celebración del contrato proyectado.

Los bancos —ya por la cuantía de los negocios que realizan, ya por la responsabilidad que ante los accionistas tienen los gerentes, ya porque el volumen de negocios les permite mantener adecuadas organizaciones de investigación y control, entre las cuales se cuenta habitualmente un departamento jurídico servido por abogados competentes— obran generalmente con suma prudencia y diligencia, y sin embargo, en los casos contemplados, limitan normalmente sus investigaciones y sus estudios al referido certificado y a las aludidas escrituras.

De todo lo cual se infiere que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble cumple, entre otras, una misión trascendental de publicidad, que es la que en el presente caso se necesita destacar, por la íntima relación que tiene con la regla sobre el error común y con el principio de la buena fe.

Ya se vio atrás que uno de los autores que más ha profundizado la cuestión de la buena fe —Gorphe— asegura que ese principio jurídico "completa perfectamente el principio de protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco o suizo, que regulariza el título del propietario aparente.

Y en efecto —por la estrecha relación que hay entre los sistemas jurídicos de publicidad y la aplicación de la máxima error communis facit jus— no puede prescindirse del estudio de aquéllos cuando de ésta se trata, ya que sólo es posible concebir el error común cuando dichos sistemas de publicidad le han permitido conocer al tercero la realidad jurídica que contra él se quiere alegar.

Sí es el caso, en cambio, de aplicar la máxima —siempre que se reúnan los demás requisitos necesarios para ello— cuando los sistemas de publicidad establecidos en un país no le permiten al tercero de buena fe, por avisado y diligente que sea, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error.

Que es cabalmente lo que acontece en casos como el presente, porque el hecho jurídico de la disolución de la sociedad conyugal no repercute en el registro ni directa ni indirectamente, sino mucho más tarde, cuando se hace la partición de los bienes sociales.

Si no sólo los particulares cuidadosos y diligentes, sino también las instituciones que, como los bancos, suelen superabundar en precauciones, tienen que limitar habitualmente el radio de sus investigaciones, en casos como el que aquí se contempla, a los datos e informaciones que aparecen en el correspondiente certificado de registro y en las escrituras que allí se mencionan, y si, de otra parte, dada nuestra organización del

registro del estado civil de las personas, no es posible exigir que para cada negocio se hagan averiguaciones sobre dicho estado civil en todas y cada una de las muchas parroquias y notarías de la República, es obvio que ni hay culpa ni hay error inexcusable o vencible cuando en la compraventa de un inmueble, por ejemplo, se procede sobre la base de los datos revelados por el registro y por las correspondientes escrituras. No hay, no puede haber en ello, un "error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas".

TERCERA PARTE

Conclusión

De todo lo expuesto se deduce que efectivamente, como lo sostiene el recurrente, el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 1401 del C. C. que consagra el principio de que la partición no es un acto traslaticio sino declarativo de dominio y de que consiguientemente tiene un efecto retroactivo.

Aplicando este texto en la forma en que lo hizo el Tribunal, sobre la base de que ese efecto retroactivo tiene consecuencias ilimitadas, irrestrictas e implacables; desconocidas por ello, por el fallador, las restricciones y limitaciones derivadas de la aplicación de la máxima **error communis** y del principio de la buena fe que inspira, explica y justifica los textos legales antes comentados; olvidada, con esa aplicación, la incidencia de nuestro sistema de registro sobre fenómenos jurídicos como el destacado por el Tribunal, del efecto retroactivo de la partición, que aparece, en el fallo, haciendo cesar de una manera mecánica, el propio día de la muerte de la esposa, la confusión ante terceros del patrimonio del marido con el haber social; convertido, en una palabra, ese artículo 1401 en instrumento de inseguridad, merced a una interpretación que no tiene en cuenta las diferencias entre el caso que en el pleito se presenta, y el de los coasignatarios de una sucesión, con respecto a los cuales no median las circunstancias que aquí condicionan el referido efecto retroactivo de la partición, es obvio que hubo, por parte del Tribunal, una indebida aplicación de ese texto, y que, en consecuencia, tiene que ser admitido el cargo, antes transcrito, que en ese sentido formula el recurrente, determinante de la casación de la sentencia del Tribunal.

Antes de dictar la de instancia que deba reemplazarla, la Corte estima procedente —así para acabar de destacar los fundamentos jurídicos de la infirmación, como para evitar que con un criterio simplista se hagan aplicaciones mecánicas de la doctrina expuesta— llamar la atención hacia las diferencias que van entre el caso concreto a que la sentencia se refiere, en el cual resultan de una aplicabilidad incuestionable los principios explicados, y ciertos casos que sólo en apariencia tienen analogía jurídica con el que aquí se estudia, tales como el del negocio celebrado con un heredero antes de la partición; el del menor que contrata diciéndose mayor de edad; el de la cosa mueble comprada de buena fe a persona respetable que obra también de buena fe, sin tener el derecho de dominio sobre la cosa; el del negocio celebrado directamente por el tercero que invoca su buena fe con el aparente titular del derecho; el de la compra de un predio a una persona que aparece como titular, en el registro, del derecho de dominio, cuando la finca ha sido adquirida por otro en virtud de la prescripción; el de dos terceros de buena fe que pretenden proteger con ésta intereses incompatibles entre sí, etc.

En la primera de las referidas hipótesis —negocio con un heredero que vende un inmueble de la sucesión antes de la partición— es obvio que no se presenta ninguna de las circunstancias que en el caso presente condicionan el efecto retroactivo de la partición. El presunto adquirente tiene que saber, por el registro, que el titular del correspondiente derecho no es el heredero. Mientras no se verifique la partición o no se registre, al menos, la posesión efectiva de la herencia, sigue apareciendo como titular del dominio el causante y no el que se presenta a negociar.

En la segunda de las referidas hipótesis —menor que afirma ser mayor de edad— el legislador estimó necesario formular una excepción expresa, como medida de protección al menor, al principio consignado en favor de los terceros de buena fe por el primer inciso del artículo 1744. De tal manera que en ese caso un texto expreso viene a limitar la atenuación de la incapacidad. El legislador, para evitar que el incapaz "transforme en un medio desleal de lucha un arma que le ha sido dada para amparar su debilidad", atenúa los efectos de la incapacidad, pero hace al respecto una expresa salvedad para el caso en cuestión. No está por demás observar en relación con este caso que, según lo advierte y lo explica Ripert en "La regla moral", los tribunales franceses limitan en lo posible el alcance del artículo 1307 —igual al inciso segundo de

nuestro artículo 1744— sirviéndose para ello del artículo 1311. Ese criterio lo extienden al caso de la mujer casada y llegan hasta declarar que siendo el artículo 1307 especial para el menor y que pudiendo la mujer casada, más fácilmente que el menor, engañar a terceros, la simple declaración mentirosa de capacidad hecha por la mujer constituye un delito civil que la obliga a reparación y le quita, a título de compensación, el derecho de demandar la nulidad del contrato por ella celebrado.

En lo que al tercero de los indicados casos atañe —compraventa de buena fe de una cosa mueble a una persona que de buena fe se cree dueña de ella— basta observar que el artículo 947 del C. C., al autorizar la reivindicación de cosas muebles, con la única excepción de las que hayan sido compradas en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan objetos de la misma clase, precisamente lo que ha hecho es consagrar una presunción de derecho en favor de aquellas personas en quienes hay que suponer la buena fe por haber hecho la compra en circunstancias tales que resultara para ellas de una aplicabilidad necesaria la máxima **error communis**, y consagrar al propio tiempo una presunción legal de mala fe en contra de quienes han comprado en circunstancias distintas.

Cuando el conflicto surge entre dos terceros que con iguales títulos y con idénticas razones invocan su buena fe y pretenden proteger con ella intereses incompatibles —hipótesis por cierto bien rara— claro está que la doctrina en esta sentencia expuesta no encuentra allí un campo de aplicación y que entonces la solución tiene que buscarse en otras reglas jurídicas tales como la de que quien es primero en el tiempo lo es en el derecho y la de que nadie puede transferir a otro más derecho del que el tradente tiene.

Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencias acerca del co-contratante y por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro que mediando esas precauciones elementales no obtuviera el adquirente, en la debida oportunidad, las informaciones o al menos los indicios necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la celebración del contrato con el titular aparente.

Lo propio sucede en la última de las hipótesis planteadas. Sería dificilísimo, por no decir imposible, que si el presunto comprador ha tomado las providencias propias de una persona prudente y diligente, ignore la adquisición, por parte de un tercero, del correspondiente derecho de dominio en virtud del fenómeno de la prescripción. Esa prescripción supone una posesión prolongada y ostensible que no pueda normalmente pasar inadvertida para quien, en razón de elementales deberes de prudencia, visita previamente el predio que trata de adquirir y se informa acerca de su situación.

Resta, para concluír, llamar la atención hacia la circunstancia de que la doctrina que en el presente fallo se expone, no crea, en contra de los herederos de la esposa muerta, mayores peligros de los que la naturaleza misma de las cosas hace inevitables en el régimen de la sociedad conyugal. Las ventas posiblemente perjudiciales para ellos verificadas por el marido han podido ser realizadas por éste con la misma libertad durante la existencia de la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1805 y 1806, y es obvio que la muerte de uno de los cónyuges y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal no son hechos jurídicos de los cuales tenga que esperarse, en favor de los herederos, un cambio de situación jurídica que los ponga al abrigo de una mala administración a cuyos efectos les fue posible sustraerse durante la existencia de la sociedad.

De otro lado cabe advertir que precisamente uno de los más interesantes campos de aplicación de la moderna y trascendental doctrina sobre el fraude a la ley, es este de la sociedad conyugal. Por medio de esa doctrina llegan a ser anulados los actos que el marido ejecute en fraude de los derechos de su esposa, lo mismo que aquellos que ejecute en fraude de los derechos de los herederos, en los casos y mediante las condiciones que la técnica jurídica ha llegado a formular al respecto.

CUARTA PARTE

Sentencia de instancia

Para dictar la sentencia de instancia, basta agregar a lo dicho que, en el presente caso, como se verá en seguida, es manifiesta la buena fe, exenta de culpa, del demandado; clara la existencia del error común; innegable la culpa de la adjudicataria demandante, y, por lo menos, sospechosa la actitud de los copartícipes e interesados en el haber de la sociedad conyugal Triviño-Paz.

Buena fe, exenta de culpa, del demandado

La señora Adelaida Paz de Triviño falleció el 29 de agosto de 1894, es decir, casi treinta años antes de que el actual demandado comprara el inmueble a que se refiere el litigio. La sociedad conyugal Triviño-Paz se había constituido en 1865, es decir, casi sesenta años antes del aludido contrato de compraventa.

Se trataba, por consiguiente, de acontecimientos bastante remotos, acerca de los cuales no era de esperarse que el demandado hubiera de tener información circunstanciada por el simple hecho de su residencia en la ciudad de Cali. De otra parte, tanto el matrimonio de Alonso Triviño con Adelaida Paz, como la muerte de ésta ocurrieron en la población de Florida, y no en la ciudad de Cali, que fue en donde se celebró el negocio de que se trata en este pleito y que es el lugar de la vecindad del demandado Guzmán, "natural de Popayán y vecino de Cali", según reza la misma demanda.

Se hubiera tratado, por ejemplo, de la muerte de una persona connotada de Cali, ocurrida en esa ciudad poco antes de la celebración del contrato de compraventa, y habría sido, cuando menos, dudosa la buena fe, exenta de culpa, del señor Guzmán, pues hubiera podido presumirse, por parte de éste, el conocimiento de ese hecho jurídico, ya por razón de sus relaciones sociales, ya por las noticias de la prensa, etc., etc. Y establecida esa presunción, se habría podido probablemente constatar una culpa de Guzmán al negociar —sin hacer las averiguaciones correspondientes sobre liquidación de la respectiva sociedad conyugal— con el cónyuge supérstite.

Pero, en el caso presente, no hay lugar ni a una presunción de aquella especie, ni a una deducción como ésta de que se acaba de hablar.

Por otra parte —y esto es lo verdaderamente fundamental al respecto— ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas y en el certificado que pudo tener a la vista, para negociar, el señor Guzmán.

Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley tampoco le brindaron, ni podían brindarle, al demandado, datos que fueran bastantes para suscitar siquiera dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar, o para inducir a un hombre avisado, prudente y diligente a hacer averiguaciones adicionales tendientes a completar la información de las escrituras públicas y del certificado.

En ninguna de las escrituras públicas que aparecen en el expediente, y que se refieren a trasmisiones de dominio en un período mayor de treinta años, se dice que Alonso Triviño hubiera sido casado. En ninguna de ellas consta tampoco que hubiera enviudado. Ni directa ni indirectamente aparece en ellas alusión a la existencia de la sociedad conyugal o a la disolución de ésta. En el registro, por lo mismo, ninguna repercusión podían tener la celebración del matrimonio y la posterior disolución de la sociedad conyugal. Es decir, que por medio de las precauciones y cuidados que los hombres diligentes y prudentes acostumbran cuando van a celebrar un contrato como el que celebró Guzmán, no pudo ni habría podido llegar éste a salir del error que lo condujo a negociar en la forma en que lo hizo.

Ya se dijo y se explicó que hasta los bancos, que en estos asuntos son habitualmente modelos de prudencia y diligencia, se limitan en casos como éste a un concienzudo estudio del certificado del registrador de instrumentos públicos y de las escrituras que allí se mencionan.

Y es obvio que el demandado, agotando todos los medios de investigación que podían brindarle el registro y las escrituras públicas respectivas, no podía llegar a saber el matrimonio celebrado en 1865 y la disolución de la sociedad ocurrida en 1894, puesto que —se repite una vez más— no hay una sola de esas escrituras en que se haga siquiera alusión a aquel matrimonio o a esta disolución.

El juicio de sucesión de Adelaida Paz de Triviño se había iniciado no en Cali sino en Palmira, y las diligencias que allí se hubieran adelantado ninguna repercusión habían podido tener en el registro, ni es de suponer que tales diligencias habían tenido que llegar a conocimiento de quien, como Guzmán, residía en otro lugar.

Finalmente, no había por qué exigirle a Guzmán —porque ello no se exige ni se espera de los hombres avisados, prudentes y diligentes que van a celebrar un contrato de compraventa— que hiciera previamente averiguaciones en todas y cada una de las parroquias y notarías de la República sobre todos los matrimonios y todas las muertes que hubieran podido tener alguna incidencia sobre las diversas situaciones jurídicas a que se refieren todas y cada una de las escrituras públicas concernientes a las tradiciones de dominio en un período mayor de treinta años.

En síntesis: no sólo desde el punto de vista de la insuficiencia para el caso de los medios jurídicos de publicidad establecidos por nuestra ley (registro de instrumentos públicos, publicidad de las escrituras, registro del estado civil), sino también desde el punto de vista de los demás hechos aludidos (residencia de Guzmán, larguísimo lapso transcurrido entre la muerte de Adelaida Paz y el contrato de compraventa, falta de publicidad social de dicha muerte en la ciudad de Cali en la época del negocio, etc.), puede considerarse la buena fe de Guzmán como exenta de culpa, ya que, comparada su conducta con la de un hombre avisado y diligente colocado en las mismas circunstancias externas, no se advierte en aquél una falta de prudencia en que no hubiera incurrido el tipo abstracto del hombre diligente.

La Sala, como se ve, no solamente ha tenido en cuenta, para llegar a la conclusión de la buena fe exenta de culpa de Guzmán, que el sistema de publicidad del registro no le podía permitir conocer la disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz. Ha tenido también en cuenta que en ninguna de las escrituras públicas que podía tener a la vista había dato alguno que a un hombre prudente y diligente pudiera infundirle sospechas sobre la legitimidad de los títulos, y, por otra parte, tomó en consideración todas las circunstancias que desde el punto de vista de las relaciones sociales, publicidad de la prensa, etc., pueden desempeñar un papel importante para la apreciación y calificación de la buena fe exenta de culpa de quien contrata con el que ha sido jefe de una sociedad conyugal disuelta o con los sucesores de éste a título singular.

II

Existencia del error común

Para llegar a la conclusión de que se trata en este pleito de un típico caso de error común o error generalizado o colectivo, no era menester hacer algo así como una encuesta entre todos los habitantes de la ciudad de Cali para saber si real y efectivamente la mayoría de ellos estuvo, con respecto a la disolución de la sociedad Triviño-Paz, en el mismo error de Guzmán.

El error común o colectivo no se aprecia en concreto, mediante averiguaciones pormenorizadas sobre las ideas o creencias que al respecto tuvieran todos y cada uno de los habitantes del lugar.

La noción de error común es una noción que está íntimamente relacionada con los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en un determinado país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de la excusabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a sus obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error, y de allí se infiere o se deduce el carácter de común o colectivo de éste.

"En esa investigación (sobre el carácter de necesario o invencible del error) se tienen en cuenta —dice Gorphe— los usos corrientes y sobre todo las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido legítimamente atenerse a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen el derecho de ignorar lo que ha sido publicado".

"Una publicidad apropiada —dice en otra parte de su obra el mismo autor— es el mejor modo de evitarles errores y sorpresas a los interesados... El sistema de organización más completo en este sentido es el del "livre foncier", que funciona especialmente en Alemania, en Austria, en Suiza, en Dinamarca, así como en Alsacia y Lorena, y que les indica a todos, por las instrucciones, el verdadero estado de la propiedad inmueble. El "livre foncier", como lo dice el Código Federal suizo, da el estado de los derechos sobre los inmuebles. Asimismo, el registro matrimonial indica los derechos de las gentes casadas, y el registro de las personas suministra los datos sobre las incapacidades de diversas especies".

Entre nosotros, el sistema de registro de los instrumentos públicos existe más o menos en las mismas condiciones que en los países citados por Gorphe. Pero en cambio, no tenemos verdadera publicidad sobre el estado civil de las personas porque no hay organismos ni oficinas de centralización de los informes que, sobre tal estado civil, aparecen dispersos y desordenados en todas las parroquias y notarías. Un sujeto que nace en Cali puede ser bautizado en Popayán, puede casarse en Cúcuta y morir en Riohacha. Su fe de bautismo aparecerá en alguna de las parroquias de Popayán, su partida de matrimonio se encontrará en alguno de los archivos eclesiásticos de Cúcuta, y su partida de defunción habrá que ir a buscarla a Riohacha, sin que los interesados en conocer el estado civil de esa persona puedan ocurrir a un organismo central de publicidad que les permita conocer todos esos datos.

Pero hay más: es que en el caso presente, para llegar a las conclusiones a que llega la Sala, no es en realidad necesario acredi-

advierte Gorphe, no sirv[illegible] hacer presumir que ese error es h[illegible]e o completamente excusable, que es [illegible]esencial, en todos los casos, y que es lo que en el presente aparece incuestionablemente acreditado.

"El error común —ha dicho recientemente Henri Mazeaud— es el error invencible. Por consiguiente, desde que un error, sea de hecho o de derecho, se reconozca como invencible, el adagio error communis deberá aplicarse".

Lo verdaderamente importante, pues, para que la máxima tántas veces aludida tenga aplicación, es que el error sea completamente excusable e invencible. Si en la máxima se habla de error común es, como se ve, por la cita antes hecha de Gorphe, porque lo generalizado del error hace presumir que éste es invencible, y no porque en realidad de verdad desempeñe un papel trascendental, desde un punto de vista ajeno a la prueba, la circunstancia de que un número más o menos grande de personas haya incurrido efectivamente en el mismo error.

Por eso la jurisprudencia francesa lo que exige generalmente cuando se trata de aplicar la máxima tántas veces mencionada, es que se trate de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un "error contra el cual era imposible precaverse", o de un "error tal que los más prudentes y avisados habrían incurrido en él lo mismo que aquel que lo alega en su defensa, y que, en lo que concierne a este último, le haya sido moralmente imposible evitarlo".

Y ello ocurrió, en el caso que se estudia, como se desprende de todo lo arriba expuesto. Tomando todas las precauciones y medidas de prudencia que las personas más avisadas y prudentes hubieran podido tomar, el demandado no habría evitado el error en que incurrió respecto de la formación y disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz, pues, como se ha explicado tántas veces, no es posible esperar, ni siquiera de las personas más ejemplarmente diligentes, que cuando van a comprar un inmueble hagan investigaciones en todas las parroquias y notarías de la República sobre el estado civil de todas y cada una de las personas que figuran como causantes o como causahabientes la totalidad de las escrituras relativas a transferencias de dominio de ese inmueble en un lapso de treinta años.

Si en las respectivas escrituras no aparece dato alguno que haga surgir siquiera dudas respecto de la posible disolución de una sociedad conyugal no liquidada y si, de por razón de sus relaciones sociales, o de las noticias de la prensa, etc., alguna información susceptible de suscitar dudas sobre esa misma posible disolución de una sociedad conyugal ilíquida, es claro que puede decirse con propiedad que se trata, como se trata en este caso, de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un error contra el cual era imposible precaverse, o de un error en que habrían incurrido hasta los más prudentes y avisados, es decir, de lo que técnicamente se denomina error común, aunque este carácter de común no tiene importancia sino desde el punto de vista de la prueba.

III

Culpa de la asignataria demandante

Como se ha visto, la señora Adelaida Paz de Triviño murió en 1894. Los interesados —entre los cuales se encontraba la adjudicataria demandante, Aquilina Triviño viuda de Potes, que tenía acción para promover la práctica de los inventarios y de la partición, y que ya en el año de 1915, según consta en el expediente, era no sólo mayor de edad sino viuda— incurrieron en la negligencia e imprudencia de dejar pasar más de veinte años sin iniciar siquiera el juicio de sucesión de dicha señora y sin verificar diligencia alguna en orden a la liquidación de la sociedad conyugal, no obstante las obligaciones que al respecto tenían, conforme a los arts. 1821 y siguientes del C. C.

Eso de por sí constituye ya una culpa en que participó la adjudicataria, Aquilina Triviño Paz de Potes.

De otro lado, no es de presumir que dicha adjudicataria, al hacerse la partición que ella aprobó sin objeciones, ignorara un hecho que tenía que ser más o menos trascendental en la familia, cual era el de que el lote que se le adjudicaba estaba en poder de terceros en virtud de ventas hechas por su padre. La circunstancia de que se conformara con una adjudicación que en realidad de verdad sólo le hacía adquirir un derecho litigioso, a tiempo que a los demás adjudicatarios se les asignaban bienes que los herederos poseían, hace pensar que dicha adjudicataria no fue ajena a los propósitos profundamente sospechosos por lo menos con que Alonso Triviño intervino en la adjudicación a su hija de bienes que ya él había vendido.

Consideraciones finales

No es improcedente hacer notar, para concluír, que las doctrinas arriba expuestas so-

a dicha buena fe un efecto jurídico de creadora de propiedad, ni para sostener que el título viciado de un simple poseedor pueda convertirse en verdadero y justo título por efecto de la buena fe reconocida, ni para afirmar que una tradición viciada pueda sanearse por el solo hecho de la buena fe, ni para admitir como válida una venta de cosa ajena con perjuicio de los derechos del dueño verdadero, ni, en general, para darle a la buena fe simple, de que habla nuestro Código, efectos distintos de los que allí se le asignan.

Las aludidas doctrinas han sido invocadas, no para aplicarlas en toda la extensión y con todo el alcance que la jurisprudencia francesa contemporánea ha llegado a darles, sino para ilustrar la interpretación de los arts. 1805, 1806 y 1401 del C. C. y para hacer de éstos una aplicación verdaderamente científica.

Un detenido estudio de esos textos, hecho a la luz de esas doctrinas y de los principios superiores de derecho en que ellas se apoyan, tenía que llevar a la Sala a la conclusión de que el artículo 1401, que se refiere a la partición de la herencia, no puede aplicarse de una manera absoluta e incondicionada a la partición del haber de la sociedad conyugal, porque a su vez los arts. 1805 y 1806 no pueden ser interpretados en el sentido de que los poderes de administración del marido y la confusión de patrimonios cesan automática y mecánicamente en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, inclusive con respecto a terceros de buena fe exentos de culpa. Así como no cesa, con respecto a éstos, un mandato, en el instante mismo de la revocación, cuando ésta no ha podido ser conocida y así como no cesa, ante los mismos terceros, la existencia de una sociedad, en el momento mismo de su disolución anticipada, así tampoco pueden cesar de una manera mecánica, en el momento de la muerte de la esposa, los poderes de administración del marido y la confusión del patrimonio de éste con el de la sociedad conyugal.

Más claro: no se parte de la base de que Alonso Triviño vendió cosa ajena y de que, no obstante eso, la buena fe del demandado le creó un derecho de que sus tradentes carecían. Se parte de la base de que una recta interpretación de los artículos 1805, 1806 y 1401 —interpretación que se inspira en los principios jurídicos antes expuestos— conduce a la conclusión de que, a pesar de la disolución de la sociedad conyugal, seguía siendo Triviño, ante terceros de buena fe nos, ad[illegible] de ellos, conforme a los artículos [illegible]. Interpretar de otro modo esos art[illegible]os; admitir que al tenor de ellos cesan de una manera automática, inclusive con respecto a terceros de buena fe exentos de culpa, la confusión de patrimonios y el poder de administración del marido, en el momento mismo de la disolución de la sociedad, sería desconocer los principios superiores y generales de derecho, que antes se expusieron, en que se apoyan todos los textos que más arriba se citaron y en los cuales se han inspirado la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas para consagrar la aplicabilidad de la *máxima error communis* y la admisión de las reglas sobre la buena fe exenta de culpa, es decir, sobre esa especie de buena fe que no sólo implica la ausencia del elemento "malicia" sino que implica también, por parte de quien la alega, la prueba de diligencia y prudencia.

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, casa la sentencia de segunda instancia dictada en este juicio por el Tribunal Superio de Cali, con fecha 26 de enero de 1935, revoca la de primera instancia y en su lugar resuelve:

Primero.—No es el caso de hacer y por ello no se hacen las declaraciones a que se refieren los puntos primero, segundo y tercero de la parte petitoria de la demanda principal.

Segundo.—Se absuelve al demandado de los cargos a que se refieren los demás puntos de dicha parte petitoria.

Tercero.—Se absuelve asimismo al demandado del cargo a que se refiere la petición subsidiaria de la demanda principal.

Cuarto.—No es el caso de hacer, por la forma condicional en que se formularon las respectivas súplicas, las declaraciones a que se refiere la demanda de reconvención.

Sin costas.

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

(Fdos.) Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

Salvaron su voto los Magistrados Rocha y Moreno Jaramillo.

SALVAMENTO DE VOTO

de los Magistradores Drs. Antonio Rocha y Miguel Moreno Jaramillo

(Seremos muy breves, porque este salvamento debe leerse relacionándolo con la sentencia que hoy mismo hemos firmado en el juicio de César Vargas contra Roberto Sánchez).

Reducido el caso que se falla en la anterior sentencia a su más sencilla expresión, él no es otro que el del simple poseedor de un inmueble, con perfecta buena fe y con justo título, pero que todavía no lo ha ganado por prescripción, a quien el verus dominus con verdadero justo título y con una buena fe menos clara que la de su poseedor, le demanda la restitución material del inmueble.

Es uno de los casos avanzados de acción reivindicatoria, que el juez debe decidir mediante la comparación no sólo de las posesiones sino de la titulación misma, para resolverla, en últimas, a favor de aquel que exhiba una titulación de dominio mejor caracterizada.

En el estudio ponderativo de presunciones y de probabilidades de mejor derecho que presentan las dos titulaciones por comparar, la sentencia le ha dado un alcance o extensión exagerada, y a nuestro modo de ver inaceptable, a la buena fe del poseedor. A esa buena fe la mayoría de la sala le ha otorgado un efecto jurídico de creadora de propiedad, por aplicación indebida de las teorías sobre "la protección legal de los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho" y de la máxima "error communitis facit jus", que tan sugestivamente expone la novísima obra de Francois Gorphe intitulada "Le principe de la bonne foi" (edición de 1928).

En efecto, creemos que en el caso del litigio, ni hubo error común, ni la buena fe del poseedor alcanza a convertir su título en justo, ni mucho menos en verdadero justo título, ni su tradición, viciada, puede sanearse con la buena fe que se le reconoce.

No existe error común, y la buena fe del poseedor está prevista en nuestro derecho positivo para que produzca determinados efectos, pero nada más que ésos, sin embargo de lo cual la sentencia de la mayoría de la sala, con olvido de los preceptos sustantivos en que se le da a la buena fe esos efectos y nada más que ésos, va más allá y la hace funcionar en forma que crea un derecho muy distinto del que la ley regula.

1.—No se ve un error común en la operación que hace la persona que le compra al marido un bien social en la creencia de que el marido vendedor es soltero o de que aún no ha muerto su mujer.

Si, por creerlo soltero o todavía casado, el comprador lo reputa dueño directo del inmueble, o con suficientes facultades legales para disponer del bien social, cuando en realidad no es soltero o la sociedad conyugal ya se disolvió, ese comprador incurre en un error simplemente individual, no de masa o colectivo. Error de masa o colectivo, error común, es el del vecindario que cree: que una persona, por las apariencias como vive, posee un determinado estado civil; o en la habilidad de un testigo que deduce de hechos positivos y públicos en el caso del art. 1069 del C. C.; o en la calidad de notario de quien públicamente actúa como tál, etc.

2.—La buena fe con que obra el comprador de que se trata, está prevista y regulada en la ley positiva colombiana con efectos o proyecciones económicas y jurídicas muy distintos a los que le da la sentencia.

Esos efectos o proyecciones miran: económicamente, a la percepción de frutos; y jurídicamente, a la adquisición de la propiedad mediante la prescripción ordinaria. Nada más. Y lo mismo en nuestro derecho que en el francés, en donde la proyección de la buena fe está determinada por los arts. 549 y 2267.

El comprador del marido —en el caso de la sentencia— es un poseedor de buena fe: posee como propietario en virtud de un título trasiaticio de propiedad cuyo vicio ignora. Ese es el fenómeno: compró de buena fe ignorando el vicio del título; ése es el efecto: simple poseedor de buena fe. De ahí la posición tan ventajosa que tiene en oposición a la del titular adquirente de mala fe, paso a paso prevista por el capítulo de las prestaciones mutuas frente al reivindicador y que se traducen en valores económicos de consideración.

En cuanto a la prescripción, la buena fe es ahí, como siempre, el error del poseedor que ha ignorado el vicio de su posesión. Supone necesariamente la existencia de un título de adquisición en cuyo valor ha creído el poseedor. Es decir, el justo título —que es el caso del pleito —juega todo su papel como elemento constitutivo de la buena fe,

y si se prolonga la posesión, a la larga da lugar al dominio.

La sentencia, al darle al poseedor de buena fe el imprevisto efecto de preferirlo como dueño, no obstante hallarse en frente del verus dominus, sin que se haya consumado el lapso de la prescripción, prescinde de un requisito, la posesión continuada por cierto tiempo, para reconocerle antes, instantáneamente, la calidad de dueño.

La sentencia de la mayoría de la sala va, pues, mucho más allá de lo que ha querido y previsto la ley: más allá de los efectos económicos, consagrados en el capítulo sobre prestaciones mutuas, y de los efectos jurídicos, consagrados especialmente por la adquisición del dominio, pero sólo mediante la usucapión.

En otras palabras: la ley ha previsto que el poseedor de buena fe sea vencido por el verdadero dueño, y ha compensado equitativamente su vencimiento.

La ley ha dicho: "La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo" (art. 1871 del C. C.).

La sentencia puede resumirse así: "La venta de cosa ajena vale, con perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, aunque no se hayan extinguido por el lapso de tiempo".

Bogotá, veinte de mayo de 1933.

(Firmados): Antonio Rocha, Miguel Moreno Jaramillo.

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UN REMATE Y SOBRE OTROS PUNTOS

Una cosa es el remate como acto civil, como contrato de venta, en que el juez representa al vendedor, y otra muy distinta las formalidades relativas al procedimiento y al mismo acto del remate. En cuanto al contrato de venta, se rige por los principios que dominan la teoría legal de los actos y declaraciones de la voluntad y en cuanto a la formalidad del remate, por las disposiciones consagradas en el código judicial. Por eso, como desde hace mucho lo ha dicho la Corte, el acto judicial llamado remate, no puede regirse por las mismas reglas que gobiernan los actos y declaraciones de la voluntad, referentes a la venta que se hace en un juicio. Aún más: la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo, no acarrea la nulidad del remate verificado en él, cuando el rematador ha cumplido con lo de su cargo. La compra hecha en remate para sí por el rematador que era a su vez mandatario, adolece de nulidad al tenor del artículo 2170 del código civil. La nulidad a que se refiere este artículo no es absoluta, sino relativa, pues en esa disposición legal no se consagra un precepto de orden público, sino algo que mira a los intereses del mandante, el cual puede aprobar la compra hecha por su mandatario para sí mismo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre veintiséis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

El Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de quince de febrero del año próximo pasado, puso fin en segunda instancia al juicio ordinario iniciado por Anacleto Mejía, en representación de su esposa Liberata Escobar, contra Pedro Nolasco Escobar, sobre nulidad de un remate y otras declaraciones.

El Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia pronunciada por el Juez 4º del Circuito de Medellín el veintiséis de abril de mil novecientos treinta y tres.

Ha llegado para la Corte el momento de decidir sobre la sentencia de segunda instancia, en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, y para ello se considera.

La demanda fue encaminada a obtener, como se obtuvieron, las siguientes declaraciones: a) que adolece de nulidad el remate que hizo el demandado ante el Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, según diligencia de veintiséis de febrero de mil novecientos veinticuatro; b) que en virtud de esa nulidad, el demandado no adquirió el dominio de los lotes que remató y que ese dominio se mantiene en la sociedad conyugal que existió entre el demandado Pedro Nolasco Escobar y Margarita Salazar; c) que las cantidades que el demandado recibió del doctor Camilo C. Restrepo y del Municipio de Envigado por unas servidumbres de acueducto, pertenecen a la sociedad conyugal mencionada, y d) la rendición de cuentas por la administración de los bienes sociales, desde que murió Margarita Salazar, esposa del demandado, hasta que éste cese en la administración, más las costas del juicio.

Los hechos, en síntesis, en los cuales, como lo apunta el Tribunal, convino, en la mayor parte, el demandado, se reducen a los siguientes: por muerte de Margarita Salazar, en cuyo matrimonio con Pedro Nolasco Escobar se adquirieron varios bienes raíces, se siguió el juicio de sucesión de la citada señora, y en ese juicio el demandado fue mandatario de sus hijos, herederos de Margarita y, sin estar facultado para ello, remató para sí algunos bienes, los cuales gravó con las servidumbres de que se ha hecho mérito; y desde la muerte de su esposa el demandado continúa administrando la sociedad conjugal, sin que, hasta la fecha de la demanda, hubiera entregado parte alguna del producto de esos bienes a los herederos.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: en que el demandado pidió, en calidad de mandatario de los herederos de la señora Salazar, la venta en almoneda pública de los lotes de terreno a que se refieren los hechos de la demanda, que tal subasta la ordenó el juez únicamente entre los herederos, y que no obstante esto, el demandado remató para sí esos lotes, y así quebrantó la prohibición del art. 2170 del C. C., según el cual el mandatario no podrá por sí, ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender y que por eso el remate fue absolutamente nulo, por haberse verificado contra la expresa prohibición de la ley, de acuerdo con el art. 6º del código expresado y por cuanto los artículos 1523 y 1741 de la misma obra, rezan, el primero, que hay objeto ilícito en

todo contrato prohibido por las leyes, y el segundo, que la nulidad producida por objeto o causa ilícita es nulidad absoluta; y en cuanto la rendición de cuentas, la sentencia se apoya en el art. 2305 ibídem.

Acusa el recurrente, en primer término, la sentencia, por aplicación indebida del art. 6º del C. C., la que a su vez conduce a la aplicación indebida de varios textos legales, en especial de los arts. 2170, 1523 y 1741 de la misma obra.

El recurrente expresa así su concepto sobre el particular: "Una cosa son los actos que prohibe la ley a los particulares y otra los que prohibe la ley al juez. Es, pues, evidente que el art. 6º del C. C. no dice relación a los actos judiciales, sino a los actos o contratos entre los particulares. Aplicar dicho artículo 6º a un acto judicial es aplicarlo indebidamente, puesto que se aplica a una cosa un precepto que nada tiene que ver con ella, sino con otra diferente de ella en su esencia y en su sustancia. Puesto que el artículo sexto del código civil no se refiere a los actos judiciales, no puede decirse que en virtud de él, el remate de que se trata haya sido nulo. Por consiguiente, el artículo 1741 del código citado no puede aplicarse al caso, ni tampoco aplicarse a él la prohibición del artículo 2170 ibídem".

La Corte observa: Una cosa es el remate como acto civil, como contrato de venta, en que el juez representa al vendedor, y otra muy distinta las formalidades relativas al procedimiento y al mismo acto del remate. En cuanto al contrato de venta, en sí mismo considerado, se rige por los principios que dominan la teoría legal de los actos y declaraciones de la voluntad, y en cuanto a la formalidad del remate, por las disposiciones consagradas en el código judicial. Por eso, como desde hace mucho lo ha dicho la Corte, el acto judicial llamado remate, no puede regirse por las mismas reglas que gobiernan los actos y declaraciones de la voluntad, referentes a la venta que se hace en un juicio. Aún más, la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo no acarrea la nulidad del remate verificado en él, cuando el rematador ha cumplido con lo de su cargo.

En el caso presente se trata, no de la nulidad del remate, considerado como diligencia judicial o por su aspecto procesal, sino del acto civil, de la compra hecha por el rematador. Este, como comprador, estaba sujeto a las disposiciones sustantivas que rigen los actos y declaraciones de la voluntad y a las prohibiciones para celebrar ciertos actos, y como compró para sí, siendo mandatario, los lotes de terreno a que se refiere la demanda, la compra adolece de nulidad al tenor del artículo 2170 del código citado.

Como el Tribunal aplicó el artículo que acaba de citarse en el concepto de la compra, no del acto del remate, resulta que no es fundada la causal que se estudia. El art. 6º del C. C., citado por el recurrente, sí es, pues, aplicable a los actos o declaraciones de la voluntad, en cuanto esos actos y declaraciones, por ser prohibidos por la ley, pueden acarrear nulidad. Mas la nulidad a que se refiere el artículo 2170, ya citado, no es absoluta, como erróneamente lo afirma el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, y respecto de ese concepto está en lo cierto el recurrente, pero esto no da base para casar la sentencia por lo que más adelante expone la Corte.

Alega el recurrente, como segunda causal, la interpretación errónea del artículo 2170 del código civil, puesto que dice que si la validez del acto depende de la voluntad del mandante, y si éste conviene a prueba la compra hecha por el mandatario, no hay nulidad y por lo tanto la violación del artículo 2170 por parte del mandatario no produce tal nulidad.

Observa la Corte:

El artículo 2170 que acaba de citarse, en su parte final, habría podido ser violado por el tribunal fallador, por falta de aplicación, si existiera en el expediente la prueba de la autorización o de la aprobación de los herederos y mandantes, a favor del demandado y mandatario Escobar, para aceptar para sí, a pesar de ser su mandatario judicial, autorización y aprobación que alega Escobar, y sólo en virtud de la cual hubiera podido hacer postura y rematar para sí el mandatario.

Esta alegación sobre la existencia de la autorización o aprobación de los mandantes, constituyó una verdadera excepción, dentro de la cual se coloca Escobar, y no aparece demostrada en los autos. La disposición del artículo 2170 del Código Civil no consagra un precepto de orden público, sino que mira a los intereses del mandante, el cual puede aprobar la compra hecha por su mandatario para sí, de donde se deduce que la nulidad que existe en su caso no es absoluta, como lo estima el Tribunal, en la parte motiva de su fallo, sino relativa y ratificable mediante la aprobación posterior.

El Tribunal, al confirmar el fallo, concluye, en la parte resolutiva, declarando que el remate está viciado de nulidad y se abstiene de calificarla de absoluta, limitándose a declarar nulo el acto. La Corte deja ya dicho que la nulidad es relativa y rectificada así la doctrina sentada en la parte motiva

de la sentencia, con lo cual no hay necesidad de casarla, puesto que siempre llegaría a la misma conclusión del sentenciador, o sea simplemente nulo el acto y cumple así los fines del recurso, en casos como éste, exponiendo y sustentando en el cuerpo del fallo la doctrina legal o jurisprudencia que estima más acertada.

El recurrente afirma, además, que el Tribunal aplicó indebidamente el mismo artículo 2170, porque los bienes que remató el demandado no eran de sus mandantes. A esto observa la Corte que, aunque es verdad que los bienes rematados no habían entrado, como cuerpo cierto, en el patrimonio de los mandantes de Pedro Nolasco Escobar, también lo es, que esos bienes, en concepto de ambas partes, eran o son de la sociedad conyugal disuelta con la muerte de Margarita Salazar, cuyos únicos herederos son los mandantes de Escobar. De ahí que el argumento que se estudia no pueda dar base para casar la sentencia.

Ataca el recurrente la sentencia, por cuanto el Tribunal dio por probado, por la sola confesión del demandado, el carácter de mandatario de éste, y en concepto de la acusación tal prueba no vale.

Observa la Corte: La constitución de mandatario judicial es una cosa y otra muy distinta la prueba de que ese mandato haya existido. La constitución de un mandatario y su reconocimiento, están sometidos a las condiciones y exigencias señaladas al efecto por el código adjetivo. El hecho de haber sido una persona mandatario de otra, no puede acreditarse por cualesquiera de los medios establecidos por la ley, porque ésta no exige una prueba única y exclusiva para acreditar esa circunstancia. Como en el caso presente no se trata de la constitución del poder al demandado, sino de saber si éste fue o no fue en una época pretérita mandatario de la parte actora, como se trata de establecer este simple hecho, la confesión del actor, que es la relevación de toda prueba, es adecuada para demostrarlo.

La causal que se estudia no es, por lo tanto, fundada.

El recurrente sostiene que el Tribunal no apreció la prueba emanada de las posiciones absueltas por el demandante, y es la intención del recurrente la de hacer ver que el demandado no fue apoderado ni mandante de sus hijos. Esta argumentación se destruye completamente teniendo en cuenta dos cosas: primera, que si bien el Tribunal sólo consideró la confesión de Pedro Nolasco Escobar, en cuanto dice que fue mandatario de sus hijos, el interrogatorio, en posiciones formuladas por el demandado, a que se refiere el recurrente, no se opone a esa confesión, sino la corrobora.

En la pregunta 7ª del cuadro de posiciones pedidas por Pedro Nolasco Escobar a Anacleto Mejía, el demandado dice así: "7º—Cómo es cierto, sabe el absolvente que en virtud de su aquiescencia a que se siguiera el juicio mortuorio de Margarita Salazar, constituyeron su apoderado para que los representara en él, al señor Pedro Nolasco Escobar". La respuesta fue la siguiente: Es cierto. Leída, la aprobó (fojas 48 y 49 del cuaderno principal).

Lo anterior, como es obvio, desvirtúa por completo la acusación a la sentencia, por la causal que se estudia.

Cree ver el recurrente una ratificación de los interesados del remate celebrado por Pedro Nolasco Escobar, y esa creencia la desprende o deriva de la respuesta a la pregunta 15 de las posiciones absueltas por el demandante, respuesta que, según el recurrente, en cuanto a su valor probatorio, no fue tenida en cuenta por el Tribunal, como ratificación del remate.

El Tribunal fallador no tenía por qué estimar esa respuesta como ratificación al remate, porque no lo es, ni tiene ese sentido ni puede tener ese alcance, una vez que el hecho de que demandante y demandado hubieran convenido en que había, a más de los lotes rematados, algunos bienes de la sucesión para repartir, no significa que la parte actora hubiera ratificado el remate. No hubo, pues, violación del art. 1752 del C. C., porque como ya lo ha expresado la Corte, no está demostrada la ratificación del remate hecha por los herederos de Margarita Salazar al mandatario y demandado Pedro Nolasco Escobar.

Ataca el recurrente la sentencia en la parte en que ésta dispone que el demandado rinda cuentas de la administración de los bienes de la sociedad conyugal, desde la muerte de la señora Salazar, hasta que cese en su administración y ese ataque lo hace el recurrente en el concepto de que no está demostrado que Pedro Nolasco Escobar hubiera tenido tal administración.

Los siguientes apartes, que corren a los folios 62 y 63 v., relevan a la Corte de toda otra consideración sobre el particular y hacen ver lo infundado de la acusación.

El demandante interrogó en posiciones al demandado en la siguiente forma: "2º—Cómo es verdad, sí o no, durante todo el tiempo transcurrido de la muerte de su finada esposa Margarita Salazar a hoy, usted ha estado manejando los bienes de la sucesión de aquélla, adquiridos durante la sociedad conyugal, inclusive el inmueble aportado por

ésta, como lo confesó en la misma diligencia de inventarios?" El demandado Pedro Nolasco Escobar contestó a la 2ª: "Es cierto".

En cuanto a las citas que hace el recurrente de los artículos 15 de la ley 95 de 1890, 6º, 757, 869, 740, 741, 742, 756, 759, 1523 y 1741 del C. C., los cuales estima violados por la sentencia acusada, la Corte vuelve a repetir el concepto expresado antes, a saber: la sentencia recurrida no declaró la nulidad absoluta del remate, como lo cree ver el recurrente, sino que se limitó a confirmar la del inferior que declara viciado de nulidad tal remate, pero sin calificar la nulidad absoluta o relativa. La Corte estima que se trata de una nulidad relativa, y en eso se aparta del concepto del Tribunal fallador, expuesto en la parte motiva de la sentencia. Como la Corte llega a la misma conclusión a que llegó el Tribunal fallador, por un concepto distinto, porque se trata de una nulidad relativa que pudo ratificarse o sanearse, pero cuya ratificación no está demostrada en los autos y como varios de los artículos que se acaban de citar dicen relación a la nulidad absoluta, la violación de ellos no implicaría la infirmación del fallo por lo que acaba de expresarse. Otra cosa muy distinta hubiera sido si el Tribunal hubiera declarado, en la parte resolutiva, la nulidad absoluta.

Por lo mismo que se adjudicaron al demandado los dos lotes que remató, la parte actora inició este juicio para obtener la nulidad del remate; pero como el demandado, por lo mismo que no podía rematar para sí, como se ha dicho, al decretarse la nulidad, el dominio de los lotes ya mencionados queda en la sociedad conyugal ilíquida, formada por Pedro Nolasco Escobar y Margarita Salazar, y disuelta por la muerte de ésta.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley no infirma la sentencia recurrida. Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

(Fdos.) Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RESPONSABILIDAD DE LAS COMPAÑIAS DE SEGUROS

La falta del agente, sea por omisión o por extralimitación, crea relaciones personales con el comitente, que se traducen en una acción de perjuicios por responsabilidad; pero el comitente no puede oponer esa falta como excusa a terceros que procedieron de acuerdo con la actuación del agente.

Sí puede producirse el fenómeno de la revalidación de una póliza caducada.

En dos estipulaciones, mutuo con interés y prenda, se hace jurídicamente imposible el contrato de cesión en la misma convención, porque la cesión, venta de un crédito, excluye el mutuo con garantía del mismo crédito, que se pretende haber vendido. No se concibe pago de intereses por un crédito que se vendió.

En la cesión fiduciaria de un crédito, con fines de garantía, el fiduciario, respecto del fiduciante, no es propietario.

El contrato de fiducia no es simulado, porque es realmente querido por las partes en los órdenes jurídico, económico y real.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Elsa Bracht viuda de Barth, en su nombre propio y como representante de sus menores hijos Carl, Edgar, Roland y Erika Barth, demandó, por medio de apoderado, a la Compañía de seguros de vida denominada The Manufactures Life Insurance Co., con domicilio principal en Toronto, Canadá, y representada en esta ciudad por Benjamín Gómez Cáceres, para que fuera condenada a pagarles la cantidad de dos mil trescientos ochenta pesos, setenta y siete centavos, oro americano U. S. dollars, o su equivalente en moneda corriente, colombiana, el día del pago, como saldo pendiente del valor del seguro de vida que se hizo constar en la póliza número 233793, de fecha 30 de septiembre de 1920, expedida por la compañía demandada a favor de Otto E. Barth, como asegurado y de la cual son beneficiarios los demandantes. A pagarles el interés corriente más alto del mercado sobre la expresada cantidad desde el día en que la compañía demandada quedó constituída en mora hasta el día del pago. A pagarles una multa equivalente al cinco por ciento anual sobre el saldo pendiente de dos mil trescientos ochenta, con setenta y siete, y a pagar las costas del juicio.

La historia de este proceso está sintetizada en los siguientes hechos:

Otto E. Barth contrató un seguro de vida con la compañía demandada, por la suma de cinco mil pesos oro americano, seguro que se hizo constar en la póliza 233793 de 30 de septiembre de 1920; sobre dicha póliza la compañía aseguradora hizo un préstamo al asegurado por dos mil cuatrocientos pesos oro americano, que con los intereses quedó fijado en la fecha del préstamo en la suma de dos mil cuatrocientos sesenta y cinco con cincuenta.

El asegurado Otto E. Barth murió el 4 de noviembre de 1931 y la compañía demandada se ha negado a pagar a los beneficiarios el saldo pendiente del valor del seguro.

En estos hechos están de acuerdo ambas partes y donde ha surgido la discrepancia es respecto de la carta de fecha nueve de septiembre de 1931, carta cuya existencia no desconoce la parte demandada, pero que en concepto de ésta no tiene el alcance y significación que le da la parte actora, porque según afirma la compañía demandada, en la contestación de la demanda, el contenido de tal carta "es un error, en cuanto allí afirmó el señor secretario de la compañía en Bogotá, que la póliza no estaba caducada".

La compañía demandada fue absuelta en primera instancia, por sentencia proferida por el Juez primero del circuito de Bogotá, el 18 de noviembre de 1932.

El Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, confirmó dicho fallo en sentencia de 13 de marzo de 1934, respecto del cual interpuso recurso de casación el apoderado de la parte demandada, recurso que pasa a decidirse.

El personero de la parte opositora plantea, en su alegato de casación, con verdadera nitidez y precisión, el problema, que ha dado origen a este litigio, y lo hace en la siguiente forma:

"Como se verá adelante, la discrepancia fundamental se ha originado por el contradictorio alcance que se le ha fijado a la carta de nueve de septiembre de 1931, que aparece firmada por el secretario de la compañía en Bogotá y por la indebida representación que los demandantes le asignan, al secretario de la compañía en Bogotá, a quien suponen autorizado para modificar por sí y ante sí las estipulaciones del contrato de seguro".

Por su parte, el apoderado de los recurrentes acusa la sentencia dictada por el

Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 13 de marzo del año próximo pasado, "como violatoria de la ley sustantiva, por consecuencia de apreciaciones erróneas del sentenciador de determinadas pruebas y falta de apreciación de otras, con lo cual incurrió en errores de derecho y en errores de hecho, que aparecen de modo manifiesto en los autos" y por eso alega la causal primera del artículo 520 del código judicial.

El recurrente se expresa así:

"Pero el Tribunal sentenciador, para afirmar en su fallo que la póliza había caducado antes de la muerte del asegurado, tiene necesidad de interpretar erróneamente el contenido de la carta del 9 de septiembre de 1931, y dejar de apreciar otras pruebas del expediente".

"Como consecuencia de estos errores de hecho y de determinadas pruebas, dice el recurrente, el Tribunal sentenciador incurrió en error de derecho y consecuencialmente violó los artículos 602 del código civil y 693 del código de comercio".

La carta de nueve de septiembre, sobre cuya interpretación rueda el debate, corre al folio 5 del cuaderno principal, y dice así:

"Señor don Otto Ernest Barth.—Cali. Valle.—Muy estimado señor:—Re: Póliza Nº 233793.—No obstante que la prima vencida el primero de agosto por $ 300.25, sobre su póliza arriba citada, no ha sido pagada, la póliza no ha caducado, porque la compañía ha tenido a bien adelantar dicha prima, de acuerdo con el privilegio de no caducidad que contiene; pero el adelanto que le ha hecho la compañía queda como una deuda sobre la póliza, devengando intereses y para que no vaya usted a sufrir ningún perjuicio, le aconsejamos que la pague a la mayor brevedad posible, porque de otra manera esta deuda irá aumentando y puede llegar el día en que la reserva de su póliza no sea suficiente para sostenerla y entonces caduque. Si por el momento usted no puede hacer el pago completo, y con el deseo de ayudar en todo a nuestros asegurados, le insinuamos que sería muy conveniente hacer pagos mensuales de una cantidad fija hasta redimir la deuda que hoy pesa sobre su póliza. —Quedamos en espera de su respuesta sobre el particular y entretanto nos es grato repetirnos sus siempre attos y obsecuentes servidores,—B. Jaramillo A., secretario".

La autenticidad de esta carta, que lleva el autógrafo de quien la suscribe, es decir, de B. Jaramillo A., no ha sido desconocida ni menos impugnada por la compañía demandada. Dicha carta se acepta como un hecho evidente; en lo que hay discrepancia es en su alence y significado.

La parte actora sostiene que en virtud de dicha carta, la póliza de seguro de vida de Otto E. Barth no caducó. La parte demandada sostiene lo siguiente:

a)—Que esa carta adolece de un error en cuanto afirmó el secretario de la compañía que la póliza no está caducada;

b)—Que dicha carta no puede entenderse como un préstamo hecho por la compañía al asegurado;

c)—Que desde el primero de septiembre de 1931 la póliza había caducado por falta de pago de una cuota y que por lo tanto no hay poder humano que tenga la virtud de asignarle a la carta del 9 de aquel mismo mes los efectos retrospectivos de revivir, de revalidar, un derecho extinguido, pues la póliza estaba caducada con ocho días de anticipación a la fecha de la carta;

d)—Que el signatario de la carta incurrió en error sobre la estimación de la reserva de la póliza;

e)—Que tal carta está en abierta pugna con lo estipulado en la cláusula sexta de la póliza;

f)—Que el signatario de la carta, señor Jaramillo, no podía modificar sin las firmas del Presidente, Vicepresidente y Gerente General de la Compañía en Toronto, la severa estipulación contractual contenida en la segunda parte de la cláusula sexta del contrato, con manifiesto quebranto de lo dispuesto en el punto F de las condiciones generales de la póliza.

El Tribunal fallador interpreta así la carta de nueve de septiembre:

"Los propios términos de la carta del nueve de septiembre demuestran que en ella no se da aviso de un préstamo, sino de haberse cumplido las condiciones de la cláusula de no caducidad; y demuestran, igualmente, que el secretario de la oficina de Bogotá, que la firma, incurrió en error sobre la estimación de la reserva de la póliza... El error aparece de tener en cuenta el monto de las reservas afectado por las partes, y este paso de la carta que está diciendo que el secretario creía que la reserva era suficiente para cubrir el importe de la prima de 1º de agosto de 1931".

La Corte se aparta por completo de la interpretación que a dicha carta dio el Tribunal fallador, por lo siguiente:

La carta dice clara y expresamente que la póliza no ha caducado, aunque está vencida la prima del 1º de agosto, y da la razón de no caducidad, que es la siguiente: "porque la compañía ha tenido a bien adelantar dicha prima"; la carta no dice que la prima

se ha adelantado teniendo en cuenta las reservas de la póliza, o tomándolas total o parcialmente; en la carta se prescinde por completo de este concepto; la compañía entendió ese adelanto para el pago de la prima, como una deuda sobre la póliza, y por eso se le advierte al asegurado que ese adelanto, la cantidad dada o adelantada, devenga intereses y se le aconseja que para que no sufra ningún perjuicio, pague a la mayor brevedad posible, porque de otra manera la deuda irá aumentando y puede llegar el día en que la reserva no sea suficiente para sostenerla y entonces caduque; la carta no dice al asegurado: puesto que su reserva es de tantos pesos y usted no ha pagado la prima, tomamos de esa reserva el valor de la prima. No, la carta dice que la póliza no ha caducado, porque la compañía adelantó la prima; según la carta, el fenómeno de la caducidad no se ha verificado, porque la expresión no ha caducado se refiere al tiempo presente y al pretérito, es decir, al nueve de septiembre de 1931, día en que se firmó la carta.

Tomada la carta en su conjunto, se destaca en ella el elemento intencional, que juega primordial papel en la interpretación de todos los contratos, elemento a que siempre debe atenerse el juzgador, buscando la común intención de las partes, más bien que el sentido literal de los términos, según expresión de los expositores contemporáneos, lo cual cuadra con los principios que dominan en el código civil en la interpretación de los contratos, artículos 1618, 1620, 1621, 1622 del código civil. Para la Corte ese elemento intencional que se destaca de la carta no es otro sino el de mantener la vigencia de la póliza, lo cual, por otra parte, no sólo favorece al asegurado, sino a la misma compañía, porque está en interés de ésta no cancelar, sino mantener el mayor número de pólizas vigentes.

Por eso la Corte no puede aceptar la interpretación que a los términos de dicha carta le dio el Tribunal fallador, porque tal interpretación no sólo contradice abiertamente los términos de ella, su mismo texto, sino la intención que existió al escribir tal carta.

Y el mismo concepto de la Corte respecto de la interpretación de la carta, fue dado por un funcionario ajeno al litigio, el superintendente bancario, según se ve de su carta de fecha 4 de mayo de 1932, que dice así en lo pertinente: a "juicio de este despacho, la carta de 9 de septiembre de 1931, dirigida por la compañía al asegurado, indudablemente constituye en favor de éste un argumento de suma importancia para alegar la no caducidad de la póliza, no obstante lo dispuesto en la cláusula 6ª de las condiciones generales de la misma, pues la compañía está obligada a conocer el valor exacto de la reserva..."

Pero hay más:

En la diligencia sobre exhibición de unos libros de correspondencia y contabilidad de la parte demandada se tomó copia de la siguiente carta:

"Noviembre 5 de 1931.—Señor don Octavio Hoyos A.—Cali.—Estimado señor:—Re: pólizas Nos. 233793 y 482101.—Otto Barth. Noticias de ésta para la prensa de Bogotá anuncian la muerte del arriba citado, ocurrida ayer en Cali y venimos a pedir a usted el favor de avisarnos sobre este particular y conseguir recortes de periódicos en donde aparece la noticia. Adjuntamos a la presente los formularios para la reclamación, los cuales llenará la beneficiaria, señora Elsa Barth, delante de un notario. También van los formularios que debe llenar el médico de cabecera, en presencia de autoridad competente. Además de estos documentos necesitamos la fe de bautismo, y la partida de defunción, lo mismo que la partida de matrimonio, para establecer la autoridad de la reclamante. En caso de que el señor Barth hubiere dejado testamento, deberán enviar una copia registrada de él. Las pólizas son por $ 5,000 y $ 10,000, y sobre la primera de ellas está pendiente el pago de la prima vencida en agosto p. pd. y el préstamo de $ 2,465.50, que se le hizo el año pasado.—Sin otro particular por el momento nos repetimos sus attos. y s. s.—Firma, B. Jaramillo A., secretario".

Esta carta, hallada entre los documentos de la parte demandada, hace ver que casi dos meses después de la carta de nueve de septiembre, la compañía estimaba que la póliza estaba vigente, pues de otra manera habría hecho saber a su representante en Cali, que la póliza por $ 5,000 estaba caducada; mas no hizo esto, sino que al tener conocimiento de la muerte del beneficiario Barth se dirigió a Cali, a su agente, sobre la base de que la póliza estaba vigente, y ésa es la impresión que deja a la Corte la carta que acaba de copiarse, pues la compañía le remite con la carta a su agente los formularios que deben ser llenados y le pide le envíe los demás documentos del caso, y habla expresamente de la póliza por $ 5,000, anotando los gravámenes que la afectan, pero sin referirse en nada al concepto de caducidad.

Estimada esta carta como un mero indicio, corrobora la interpretación que a la carta de 9 de septiembre le ha dado la Corte y

es obvio que la carta que acaba de copiarse sí constituye un indicio, dada la seriedad, el orden y la organización de compañías tan experimentadas en asuntos de seguros, como la demandada.

El Tribunal interpretó erróneamente la carta de 9 de septiembre y pasó por alto la carta que acaba de citarse y por esto la acusación a la sentencia, por los motivos que acaban de expresarse, es del todo fundada.

No fue sino hasta el dos de diciembre de 1931, hasta cuando la compañía, por conducto del señor B. Jaramillo A., manifestó a Elsa Bracht, que la póliza estaba caducada, a la muerte del beneficiario; pero como ya se observó, era otro el concepto de la compañía el 5 de noviembre de 1931.

Sentado lo anterior, debe considerarse si el señor B. Jaramillo A. podía firmar las cartas de 9 de septiembre y de 5 de noviembre de 1931, para lo cual, como cuestión previa, se observa lo siguiente:

Está establecido en autos, y esto no ha sido materia de discusión, porque ambas partes lo aceptan, que los señores Benjamín Gómez Cáceres y Bernardo Jaramillo A. son o eran cuando se suscitaron los hechos que han dado origen a estos litigios, el primero gerente en Colombia de la compañía demandada y el segundo, secretario en Colombia de dicha compañía (folios 11 y 2 de los cuadernos 2º y 6º).

Del proceso aparece lo siguiente:

Primero.—Toda la correspondencia entre el beneficiario Barth y la compañía demandada, The Manufactures Life Insurances, respecto del seguro que hoy se reclama, de los préstamos sobre él y de lo atañedero a la ejecución del contrato, aparecen suscritas por el señor B. Jaramillo A., lo cual indica claramente que este señor, como secretario de la compañía demandada, es o era el intermediario entre los beneficiarios y la compañía, y que hablaba en nombre de ésta.

Segundo.—En las posiciones absueltas por el gerente de la compañía, dijo éste lo siguiente: "el señor Jaramillo, siempre ha sido empleado de la oficina en esta ciudad, a cargo del absolvente, y está autorizado por el absolvente para tener al corriente a los asegurados de sus asuntos y para firmar las cartas que en relación con esos asuntos se les dirijan".

De esto resulta lo siguiente:

El gerente de la compañía demandada es mandatario de ésta, y según su propia confesión, autorizó al señor Jaramillo, secretario de la compañía, para firmar las cartas referentes a los asuntos de los asegurados, con lo cual se verificó el fenómeno de la delegación de que trata el artículo 2161 del código civil y por lo tanto el mandatario, o sea el gerente, responde en su calidad de tal, es decir, por la compañía que representa, como si él mismo hubiera ejecutado esos actos; y cabe observar que no podría aplicarse al caso de este litigio el artículo 2162 del dicho código, por cuanto el gerente de la compañía demandada, en Bogotá, ha confesado que autorizó expresamente al delegado Jaramillo para tener al corriente a los asegurados del estado de los asuntos y para firmar las cartas que con relación a esos asuntos se les dirijan.

Vistas las cosas en un campo real, lo cual puede hacer la Corte, considerando que de autos aparece que el secretario de la compañía es el intermediario con los asegurados, se deduce rectamente que éstos se atienen a lo que les diga la compañía, por medio de su órgano de comunicación que es el secretario, cosa que pasa con ciertas organizaciones como las compañías de seguros y los bancos, en que no son siempre los gerentes o directores quienes directamente se comunican con los particulares interesados, sino otros empleados, como los secretarios, de esas instituciones. El particular le da plena fe al dicho de esos empleados y no tiene por qué acudir a los supremos directores o gerentes para que ratifiquen lo dicho por los secretarios o empleados, que son órgano de comunicación con los particulares. De otro modo sería muy difícil la marcha de esos establecimientos, y si lo anterior es lo que generalmente sucede, sería funesto para entidades tan respetables y de tantos negocios como la compañía demandada, o como los bancos, que las aseveraciones y las cartas y demás documentos de los empleados, órganos de comunicación con los particulares, fueran después desautorizados o tenidos como de ningún valor por los altos empleados de esas corporaciones.

Y lo anterior no es nuevo; no sólo en la jurisprudencia extranjera, sino en la colombiana, se ha sostenido la tesis que acaba de exponerse, y por eso la Corte, en sentencia de 8 de marzo de 1926, dijo lo siguiente:

"La teoría y la jurisprudencia en materia de seguros tiene aceptada la doctrina de que las firmas de los empleados o agentes de una compañía aseguradora, recomendados y reconocidos por ella para tal fin, pueden válidamente firmar las pólizas y obligar por ello a su principal, sin que se pueda oponer a las personas que han negociado de buena fe, con esos empleados o agentes la excepción de haber excedido estos límites, de sus instrucciones".

Se ha sostenido por la parte demandada que el secretario de la compañía se excedió

en sus facultades por cuanto no tenía poder para firmar la carta de 9 de septiembre de 1931. Suponiendo, por hipótesis, que esto fuera así, surgiría entonces la cuestión de la responsabilidad por el hecho de otro, punto sobre el cual la Corte hace las siguientes consideraciones:

Cuando la teoría sobre la responsabilidad por el hecho de otro se aplica a los industriales o a los comerciantes, es decir, a las personas y entidades que actúan y especulan empleando agentes, la responsabilidad por las faltas del personal se justifica por la idea de empresa, de la misma manera que el riesgo de los accidentes que acaezcan al personal de esas industrias; el patrón, el gerente saca provecho de la actuación de sus subordinados y de ahí que deba soportar los riesgos de la empresa, entre los cuales figuran los hechos derivados de la mala dirección de un agente. Esta responsabilidad, según lo asientan los más modernos expositores, como Planiol et Ripert, es más rigurosa que la que recae sobre los padres de familia, sobre los institutores, porque no se admite ninguna excusa; el comitente no está autorizado para probar que él no ha cometido ninguna falta y que de él no ha dependido impedir que el acto se cumpla.

En estos casos, la falta del agente, sea por omisión o por extralimitación, crea relaciones personales con el comitente, que se traducen en una acción de perjuicio por responsabilidad; pero el comitente no puede oponer esa falta como excusa a terceros que procedieron de acuerdo con la actuación del agente.

De ahí el principio fundamental del artículo 2347 del código civil, que extiende la responsabilidad no sólo a los hechos propios de una persona, sino a las actuaciones de sus subordinados y dependientes.

Y a esta misma conclusión se llegaría si se considerara la cuestión, por el aspecto de la culpa in contrahendo, culpa que no perjudicaría a los beneficiarios, sino que crearía una relación jurídica, por responsabilidad, entre el secretario y la compañía, porque de los elementos que constituyen dicha culpa no podría sacar partido la compañía contra terceros beneficiarios, sino únicamente contra su agente o comitente, porque, según ya se vió, los terceros se atienen a los informes provenientes de los empleados que son órgano de comunicación con los interesados.

Y los anteriores principios sobre responsabilidad consagrados por el código civil, son aplicables a casos como el presente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 182 del Código de Comercio, que estatuye que los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio.

Pero se ha sostenido por la parte opositora que una póliza caducada no puede revivir y que por eso la carta de nueve de septiembre, tántas veces mencionada en este fallo, no pudo producir ese fenómeno, el de revivir la póliza.

El anterior argumento debe estudiarse por dos aspectos: desde el punto de vista jurídico general y desde el punto de vista a que se contrae exclusivamente tal argumento.

No puede sostenerse de una manera absoluta, que cumplido cierto evento de un contrato o convención, que produzca la resolución de ella, no puede producirse un factor, que con posterioridad a ese vento evite las consecuencias de una resolución. La voluntad de las partes en muchos casos, constituye ese factor, que impide la resolución del vínculo, no obstante la producción del hecho que lo desvirtúa, y deja en firme el acto o contrato, como si no hubiera acaecido el evento. Así, en un contrato de compraventa en que el comprador no pagó el precio en oportunidad, no habría lugar a la acción resolutoria, si después del plazo el vendedor recibe el dinero. Por eso, en aplicación de este principio, la Corte Suprema dictó la sentencia de 3 de junio de 1912, en que la nación era la demandada, en la cual dijo que, si en un contrato sobre compraventa de una publicación el contratista aceptó los pagos o contados que debía cubrirle el gobierno, pero que no le fueron cubiertos en los respectivos plazos estipulados, la obligación del gobierno quedaba satisfecha y el contratista no podía alegar el retardo del gobierno en cubrir los contados, como razón para no cumplir con las obligaciones que le incumbían.

Considerando el asunto desde el punto de vista de este litigio, tampoco puede sostenerse que caducada una póliza de seguros, no puede revivir, por la revalidación, puesto que fundada la compañía en un alto principio de equidad, establece en la cláusula 7ª de su contrato, que a solicitud por escrito presentada por el asegurado, la póliza podrá ser renovada dentro del período de dos años, a contar de la fecha en que se dejó caducar la misma, con las condiciones establecidas en tal cláusula. Según ésta, aun dentro del período de dos años de la caducidad puede renovarse la póliza, es decir, desvirtuar, destruír los efectos de una caducidad consuma-

da; ya vale la pena observar que en el presente litigio no habían corrido sino nueve días desde que el beneficiario ha debido pagar la prima.

Queda, pues, a juicio de la Corte, establecido que sí puede producirse el fenómeno de la revalidación de una póliza caducada, lo cual produce el resultado de que los efectos de la caducidad queden destruídos.

Arguye la parte opositora que al tenor de la cláusula 6ª del contrato, la póliza había caducado desde el primero de septiembre de 1931, es decir, antes de la carta del 9 de septiembre ya mencionada de dicho año. Pero a esto observa la Corte lo siguiente: a no haberse efectuado el préstamo de que da cuenta la carta de 9 de septiembre, claro es que la póliza hubiera caducado y estaría bajo la cláusula de caducidad, lo cual se desprende de la carta de 1º de agosto de 1931, inserta en la diligencia de inspección ocular, carta que, sea dicho de paso, hace ver al beneficiario la posibilidad de la restauración de la póliza. Pero como según ya se vio, el firmante de la carta, o sea el señor Jaramillo, era un delegatario de la compañía y como, según se vio tamoién, caso de que hubiera habido error, ni la extralimitación del mandato ni el error podrían perjudicar al beneficiario, se deduce que no tiene eficacia suficiente el argumento que se estudia.

Sostiene también la compañía demandada que la carta de nueve de septiembre es una modificación al contrato de seguros, modificación que no podían hacer sino los directores de la compañía, en la sede principal, o sea en Toronto.

Si se contempla el argumento por el aspecto de la ejecución del contrato, no hay tal modificación a la convención, y dados los términos de la carta del 9 de septiembre y la actuación anterior del secretario de la compañía, se deduce que éste era el organismo para la ejecución de ese contrato, ejecución que prosiguió aún después de la muerte del beneficiario, si se tiene en cuenta la carta de 5 de noviembre de 1931 dirigida por el secretario de la compañía al agente de ésta en Cali, señor Octavio Hoyos A.

Si se contempla el argumento desde el punto de vista de una modificación al contrato, habría que concluír entonces que el secretario de la compañía es el responsable en éste por negligencia y descuido, pero que esa culpa no puede perjudicar al beneficiario, también por lo que anteriormente se expuso en este fallo.

Pero considerando las cosas desde otro punto de vista y aún suponiendo que la carta del nueve de septiembre no hable de un simple préstamo, habría que concluír siempre que el Tribunal interpretó erróneamente la carta, por lo siguiente: La parte demandada ha alegado que la carta obedeció a un error consistente en la creencia de que la póliza tenía reservas suficientes. Pero a esto se observa: a) Quien está en capacidad de saber si en un momento dado una póliza de seguros tiene o no reservas, es la compañía aseguradora, porque ella es quien hace los cálculos del caso, según la tabla del instituto de actuarios, cálculo y tabla que no son los beneficiarios quienes los hacen y llevan, sino la compañía aseguradora; b) Los beneficiarios, según esto, se atienen a los datos e informes de la compañía aseguradora, pues, como es obvio, el monto de las reservas y el cómputo de intereses no pueden constar en la póliza; c) La compañía no ha demostrado el error que invoca ni cuando dirigió a Barth la carta de nueve de septiembre, pero ni después de la muerte de éste, cuando dirigió a su agente en Cali la carta de 5 de noviembre; d) No estando demostrado ese error, resulta entonces, por este aspecto, que la carta de nueve de septiembre no puede entenderse como una modificación, sino como una ejecución del contrato; e) Si el beneficiario Barth quedó enterado de la carta de nueve de septiembre, al tenor de ella nada tenía que hacer, y razonablemente hay que concluír que dio por exacto lo que en dicha carta se le decía, por la sencilla razón de que tenía que saber que era a la compañía aseguradora y no a él a quien tocaba hacer los cálculos sobre el monto de las reservas de la póliza, y f) Porque no estando demostrado el error, en el día en que se dirigió la carta de nueve de septiembre y habiendo entendido el beneficiario Barth que su póliza no estaba caducada, no es jurídico alegar, cuando éste ha fallecido, un error por parte de la compañía, que en vida del beneficiario le hizo saber y le notificó que su póliza no estaba caducada.

La cuenta de la reserva, hecha por la parte demandante y demandada en este juicio, no demuestra por sí el error de la compañía el día que dirigió al asegurado la carta de 9 de septiembre, ni modificada la posición que adquirió el asegurado con dicha carta, respecto de la compañía, máxime cuando la parte demandada parte de la base de que tal carta da el aviso de un préstamo, como efectivamente lo da.

Además, y desde un punto de vista general, sería perjudicial para compañías de la naturaleza e importancia de la sociedad demandada, que le hicieran saber y le notificaran a un asegurado que su póliza está vigente, que el asegurado muriera en esa creencia y seguridad, en virtud de la con-

fianza prestada a la compañía y que en seguida ésta se prestara ante los herederos o beneficiarios con la excusa de una equivocación o de un error. La fe entonces depositada en tales compañías desaparecería por completo.

Resulta de todo lo anterior que la errónea interpretación que el Tribunal dio a la carta de 9 de septiembre de 1931, por cualquier concepto que se le considere, según lo que acaba de expresarse, y además, la falta de apreciación a la carta de 5 de noviembre de dicho año, condujeron al Tribunal a la violación de los artículos 1602 del código civil y 634 del código de comercio, citados por el recurrente, de donde se deduce que el motivo de casación que se ha estudiado es fundado y que por lo tanto debe casarse el fallo recurrido y dictarse la sentencia de instancia, prescindiendo de las demás causales de casación, al tenor de lo dispuesto por el artículo 538 del C. J.

Sentencia de instancia

Al folio 13 del cuaderno principal se halla la póliza número 233792, por cinco mil dólares oro americano, expedida en Toronto el 30 de septiembre de 1920, a favor de Otto Ernesto Barth, póliza cuya autenticidad no se discute y a que se acojen ambas partes. De modo que al tenor de los artículos 634, 635 y 638 del código de comercio, está probado el contrato de seguro de vida y demostrado que se perfeccionó.

Está acreditada la defunción del beneficiario Otto Ernesto Barth, con la partida de origen eclesiástico, que corre al folio 12 del cuaderno N° 2.

Está acreditada la personería de la compañía demandada, con el certificado de la superintendencia bancaria, que corre al folio 11 ibídem.

La personería de los demandantes fue objetada y a la objeción se le dio la tramitación de excepción dilatoria que fue fallada por el Juez a quo, en auto de 21 de junio de 1932, y en el cual se declaró no probada dicha defensa. El asegurado Otto Barth designó como beneficiario, primero a su padre, luégo a su esposa y por último a sus albaceas, cesionarios y administradores, y murió bajo esta última designación.

No apareciendo que otorgó testamento, los demandantes tienen la personería substantiva para establecer la presente acción; además, los hijos del asegurado fueron declarados herederos de éste, por auto de 7 de julio de 1932, según está acreditado en el proceso, fojas 17 del cuaderno N° 2. Por otra parte, esa personería fue reconocida por la sentencia del Tribunal, y la parte demandada aceptó la sentencia.

Según los términos del contrato de seguro, la compañía demandada debía pagar el valor del aseguro, en el caso de muerte del asegurado, y como ese hecho acaeció, tal pago debe hacerse al tenor de lo dispuesto por los artículos 1494 y 1602 del código civil, 634 del código de comercio y primera parte del artículo 25 de la ley 105 de 1927.

Excepciones

La parte demandada propuso en la contestación de la demanda las siguientes excepciones, a saber: error de cuenta, falta de personería substantiva de los demandantes, y falta de derecho para pedir, por haberse extinguido la obligación que se reclama, y en caso de existir algún derecho, por haberse cedido.

Se pasa a estudiar tales defensas.

Respecto de la primera, observa la Corte: Ya se tome la excepción como error alegado por la compañía, en la fecha de la carta, ya como que la carta de nueve de septiembre no entraña un préstamo, son puntos que quedaron estudiados y definidos al estudiar la causal de casación que la Corte encontró probada. De modo que las razones aducidas por la Corte para estimar probada la causal de casación, son las mismas que aduce para declarar no probada la excepción que se estudia, y sería inútil volverlas a repetir en este fallo. Ni puede concluírse que la carta de 9 de septiembre habla de una ficción de préstamo ni tampoco puede darse por demostrado que la compañía incurrió en error al escribir la carta de 9 de septiembre y dirigida al asegurado, por lo que ya se expresó en este mismo fallo.

La excepción de falta de personería sustantiva, la hace consistir la compañía demandada, en que habiendo el asegurado designado como beneficiarios a sus albaceas, cesionarios y administradores, los herederos del asegurado no pueden pasar por encima de tal designación, esto es, dice la parte demandada, "que no tienen derecho, como simples herederos, los demandantes, para pedir que se les reconozca y pague el valor del seguro del contrato".

No puede la Corte aceptar esta tesis, porque de acogerla se llegaría a una conclusión absurda y se desconocerían los principios fundamentales de la ley colombiana, sobre sucesiones que son de orden público. No habría, según la tesis de la compañía, sujeto activo del derecho que pudiera cobrar esa póliza y cada vez que se hicieran designaciones en los mismos términos en que la hizo

Barth, designaciones inspiradas en principios de legislaciones extranjeras, el valor del seguro no se pagaría, porque no habría a quién, y semejante conclusión no la aceptaría ni la misma compañía demandada, porque sería perjudicial para sus mismos intereses.

El señor Barth no hizo testamento; no puede, por tanto, existir albacea; pero el señor Barth dejó sucesores que son sus herederos y a falta de albacea, los herederos son los administradores de su sucesión (artículos 1008, 1037, 1297 del código civil y 85 de la ley 153 de 1887). Además, esa personería de los demandantes fue aceptada por el Tribunal fallador y es un extremo que hoy no puede discutirse, porque la compañía demandada no interpuso recurso de casación contra la sentencia. La excepción que se estudia no es, por lo tanto, fundada.

La tercera defensa consiste en sostener que la póliza, esto es, el título del crédito, fue legalmente cedido a la compañía aseguradora, no en forma de una mera garantía.

Se expresa así, al respecto, la compañía demandada:

"El contrato en referencia contiene prácticamente, cualquiera que sea el alcance que se le dé al texto del documento, tres estipulaciones contractuales, a saber: una de mutuo, con interés (préstamo de $ 2,400 oro americano, al 6 por 100 anual); una de prenda o garantía de la obligación (o sea la entrega en custodia o guarda del título al acreedor), y, finalmente, una de cesión del crédito, o sea el traspaso que de sus derechos de asegurado hace el señor Otto E. Barth a favor de la compañía aseguradora. Sobre las dos primeras estipulaciones no hay discrepancia alguna entre las partes que están librando este debate. El acuerdo es perfecto. Yo no opongo concepto alguno adverso a los razonamientos del señor apoderado y a las citas que él hace de aquellos pasajes del contrato en que se expresa el mutuo y la prenda o garantía del préstamo. Nuestra fundamental discrepancia está precisamente en aquella parte del contrato en que se expresa claramente la cesión del crédito, sobre la cual el señor apoderado tuvo buen cuidado de callar como un muerto".

La Corte considera que el contrato en que se basa la excepción que se estudia es el de 16 de febrero de 1931, que figura al folio 16 del cuaderno principal, contrato que no se discute en este juicio, pero en el que no están de acuerdo las partes respecto de la cláusula de la cesión del crédito.

Para analizar ese contrato es necesario tener en cuenta las reglas señaladas por los artículos 1618 a 1624 del código civil. En primer término se observa que se trata en ese contrato, o mejor, que en esa convención se pactó un mutuo con interés y que hubo un contrato accesorio, contrato de prenda en virtud del cual, el mutuario Barth entregó al mutuante de la compañía demandada la póliza de seguro. Estas dos estipulaciones, mutuo con interés y prenda, hacen jurídicamente imposible el contrato de cesión en la misma convención, porque la cesión, venta de un crédito, excluye el mutuo con garantía del mismo crédito, que se pretende haber vendido. No se concibe cómo se puguen intereses por un crédito que se vendió.

El asegurado Barth, según ese contrato, entregó la póliza a la compañía, y así se formó el contrato accesorio de prenda, de acuerdo con los artículos 2409, 2410 y 2411 del código civil, y el acreedor, o sea la compañía, quedó con las obligaciones y sometido al imperio de los artículos 2419 y 2420 del mismo código.

El contrato de prenda, como se sabe, no implica enajenación, y por lo tanto la propiedad del deudor prendario no se pierde por el hecho de que constituya prenda sobre lo que le pertenece. Y tan cierto es lo anterior y tan evidente, que la intención de las partes fue la de pactar una convención de mutuo y prenda y no la venta o cesión del crédito, que mucho después de la muerte del beneficiario el secretario de la compañía dirigió la siguiente carta, que corre al folio 17 del cuaderno principal y que por su importancia se transcribe en seguida:

"Bogotá, mayo 4 de 1932—Señor don Otto Barth.—Cali.—Valle.—Re: póliza N° 238793. Muy estimado señor:—Sírvase desprender de la presente la hoja de cambio de beneficiario sobre su póliza arriba anotada, en favor de sus albaceas, cesionarios o administradores, la cual está debidamente aprobada y firmada en la oficina principal. Sin otro particular, a la mira de sus órdenes nos repetimos sus atentos y s. s.,— Jaramillo A., secretario".

Si por el contrato de 16 de febrero de 1931, la póliza le fue cedida a la compañía, si ésta era la dueña, ¿cómo podría explicarse la carta que acaba de transcribirse, dirigida más de un año después? Claro es que la intención de las partes no fue la de una venta de su derecho hecha por Barth a la compañía, sino de un mutuo con prenda, y es sabido que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras.

Pero hay más, que viene a corroborar lo anterior, y es lo siguiente: hasta antes de iniciarse la demanda, en la correspondencia entre los interesados y la compañía se habla

de la póliza, como de propiedad del asegurado Barth y se sitúa el debate por parte de la compañía sobre la caducidad, pero ella no habla de que sea dueña de la póliza, y si ese concepto hubiera tenido en ese entonces, claro es que no hubiera hablado de caducidad.

Pero aun cuando no existieran los anteriores elementos de convicción, la Corte, considerando únicamente el texto del contrato, tendría que concluír que no hubo tal cesión, por lo siguiente:

Dice la cláusula 9ª del contrato: "el pago del importe del préstamo obtenido por medio de este contrato deberá ser efectuado en la oficina principal de la compañía, en la ciudad de Toronto, y en ningún otro lugar". Si el asegurado pagaba, es obvio que quedaba cancelado el contrato de mutuo y por lo tanto el de prenda, pero si el contrato se interpretara como cesión, la compañía quedaba dueña de la póliza y entonces resultaría que el beneficiario quedaba sin el dinero del préstamo, porque lo devolvía, y sin la póliza, porque era de la compañía. Hace ver esta conclusión que sólo se trató en el contrato de un mutuo, garantizado con una prenda, lo cual corrobora la cláusula tercera del contrato, que dice así: "que el abajo firmado pagará en la oficina principal de la compañía en Toronto, Canadá, los intereses anuales sobre dicho préstamo, a razón del 6 por ciento, el día primero de agosto de cada año, hasta que dicho préstamo quede completamente saldado, debiéndose efectuar el primer pago de los intereses el día 1º de agosto de 1931; los intereses atrasados, si hubieren, será añadidos al importe del préstamo devengando los mismos intereses".

Se contempla en el contrato el evento de que el mutuario no pague intereses y que éstos se vayan acumulando, hasta formar con el capital prestado un guarismo o cifra que exceda del valor de la póliza, y en este caso es claro que la póliza quedaría cubierta, y ése es el objeto de la estipulación contenida en la cláusula 4ª, que dice: "que si se dejan de pagar dichos intereses, o cualquiera prima bajo dicha póliza, y si la deuda acumulada junto con tal prima e intereses equivalieren o excedieren al valor de la cesión en efectivo, de dicha póliza, ésta será tenida y efectivamente lo será, cedida de derecho y de hecho a la compañía".

Aplicando el artículo 1622 del código civil es decir, interpretando armónicamente el contrato según su espíritu y sus términos, para la Corte significa en síntesis lo siguiente:

La compañía le prestó a mutuo al asegurado Barth $ 2,400 oro, con interés al 6 por ciento; el deudor dio como seguridad o garantía su póliza de seguros y se verificó el contrato de prenda, entre la compañía y al beneficiario, y por eso éste le entregó a aquél el título; el asegurado sabía cuándo, dónde y en qué forma debía pagarle a la compañía; el beneficiario sabía que podía correr la contingencia de que por la acumulación de los intereses, éstos sumados al dinero que recibió, coparan el valor de la póliza y la compañía sabía, de acuerdo con la cláusula 5ª del contrato, que tenía que pagar el valor de la póliza, previo descuento del préstamo que hizo el beneficiario juntamente con sus intereses.

Dadas la importancia y extensión, en esta época, de contratos similares al que da origen a la excepción que se estudia, cree la Corte del caso hacer algunas observaciones generales, sobre esa clase de pactos.

A causa de que en Colombia, como en otros muchos países, rige el principio de la libertad contractual, se da el caso de que existan contratos no regulados como típicos en el código civil. A esos contratos, llamados atípicos se les debe contemplar con el criterio analógico de los típicos convencionales más afines, o aplicándoles los principios generales de las obligaciones, o en último caso, guiándose por los principios generales de derecho, pero en ningún caso, aun cuando el contrato atípico permita por su contenido subsumirlo dentro de un determinado tipo de convención regulada por la ley, no pueden aplicarse inflexiblemente las normas establecidas por el contrato regulado legalmente cuando el fin o el contenido del atípico se desvían del normal, porque, se repite, la voluntad libre de las partes tiene amplios límites para configurarse y debe respetársela.

Acontece en la vida económica y comercial que varios tipos de contrato se combinan por la voluntad de las partes. A esta manera de configurarse los derechos contractuales por las partes se les clasifica en contratos unidos y contratos mixtos. Las uniones de contratos se subdividen: a) unión simplemente externa, cuando los contratos se unen simplemente en su forma externa, en el acto de su conclusión, por ejemplo, por la forma escrita; b) cuando dos o más contratos completos, unidos exteriormente, son admitidos como un todo. Esto es, que las partes por su voluntad los han colocado en situación de recíproca dependencia, o de manera que un contrato dependa de otro y no al contrario. c) cuando los contratos se unen alternativamente por la voluntad de las partes, de suerte que la existencia de uno de ellos dependa de que se cumpla o no una determinada condición. Ejemplo: se toma en

arrendamiento una casa por un año, pero para el caso de que el arrendatario contraiga matrimonio dentro de los tres meses, se compra la finca.

Los contratos mixtos se caracterizan por que aparecen como un contrato unitario, pero sus elementos esenciales de hecho se hallan regulados en la ley. Estos se subdividen: a) en contratos combinados. Uno de los contratantes contrae varias obligaciones, las cuales corresponden a diversos tipos de contrato y la otra se obliga a una prestación única; por ejemplo, el contrato que celebra una persona al comprar una localidad de un teatro con el dueño del espectáculo, con la condición de que dé éste determinadas funciones; el contrato de transporte de personas en buques fluviales o marítimos; b) los contratos mixtos, en sentido extricto, los cuales contienen un elemento que representa un contrato de otro tipo; por ejemplo, la compraventa de una parte de una finca a un precio más bajo del normal, a cambio de la obligación de administrarla en su totalidad; c) contratos de doble tipo, o sea cuando el total contentivo de la convención se subsume en dos tipos distintos de contrato; por ejemplo, se contratan los servicios de una persona por un artesano, a cambio de enseñarle éste su arte; d) existen también los contratos típicos con obligaciones subordinadas de otra clase. Se caracterizan en que el contenido principal de ellos, considerado en su conjunto, se subsume en el tipo de convenciones reguladas por la ley, pero contiene una obligación que aun cuando subordinada al fin principal, se regula por otro tipo de contrato, por ejemplo, la compraventa de géneros con la obligación de devolver su empaque.

Naturalmente, en esta breve síntesis, no se dan, por ser innecesarios a la materia del pleito, los criterios con que se deben juzgar cada una de esas especies de contrato.

Mas el que se estudia, el que da margen a la presente excepción, el de 16 de febrero de 1931, que figura al folio 16 del cuaderno principal, cae bajo alguna de las clasificaciones que se acaban de hacer y es en el fondo lo que hoy se llama un contrato de fiducia; el elemento bona fidei es la base de él.

Ese contrato fiduciario transmite un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión ni el desprendimiento real y efectivo del dominio. Y esto no es absolutamente nuevo, y basta observar que el artículo 1806 del código civil contiene una regulación fiduciaria para fines de administración.

En el derecho romano la enajenación fiduciaria servía en el derecho del patrimonio para funciones múltiples, por ejemplo, para realizar una fianza, una prenda, un depósito, o un préstamo de uso. El propietario, a fin de realizar el negocio, transfería la propiedad de su cosa a la otra parte, a quien se obligaba a devolvérsela, cuando la extinción de la deuda garantizada, en el caso de prenda; a la extinción del plazo para el cual se había prestado, como en caso de préstamo; en el momento en que el depositante reclamara la cosa, como en el caso de depósito. Este contrato debe su nombre a que la eficacia de él se apoyaba en la fides del deudor, porque solamente con posterioridad a la ley Aebutia se dio al enajenante con fiducia acción para reclamar la cosa en el momento convenido.

No puede ponerse en duda, dado el principio de libertad contractual, la validez del negocio fiduciario, el cual se celebra generalmente para fines de administración y sobre todo para garantizar un préstamo, que es el caso preciso del contrato que da asidero a la excepción que se estudia, y también para cobrar un crédito.

Característico del contrato de fiducia es el de que el efecto jurídico consentido por las partes excede al fin económico que se han propuesto ellas; así, pues, el fiduciario se convierte en propietario de la cosa, pero económicamente debe conducirse como un administrador, o como un acreedor prendario, o como un mandatario; esto es, el propietario fiduciario debe mantener esa propiedad adquirida dentro de los términos de la confianza depositada en él: bona fides. Aun cuando no es el caso de estudiar las consecuencias del negocio fiduciario en relación con terceros, es necesario advertir que si el fiduciario, abusando de la confianza depositada en él, transmite el derecho adquirido, esa transmisión es válida, con respecto al tercero de buena fe, pero entre las partes el fiduciario no puede ser considerado respecto del fiduciante como propietario o titular del derecho, sino simplemente como administrador, acreedor prendario o mandatario, y tal es el caso de la compañía demandada en este pleito, respecto de la cesión de la póliza.

A la cesión fiduciaria de un crédito hecha para otorgar al acreedor una caución, debe aplicársele las normas del derecho de prenda, en virtud de las cuales éste se extingue junto con el derecho que garantiza, y se aplican esas normas en este caso, porque en los negocios jurídicos en donde no existe dolo, pero que llevan a un resultado económico que excede a su fin, se les apli-

can en lo posible las disposiciones legales de las instituciones o figuras jurídicas, que sirven para satisfacer el fin realmente propuesto.

Y en la cesión fiduciaria de un crédito, con fines de garantía, el fiduciario, respecto del fiduciante, no es propietario.

El contrato fiduciario, o de fiducia, y no está por demás observarlo, no es simulado, porque es realmente querido por las partes, en el efecto jurídico, en el fin económico y el consentimiento es real.

Naturalmente que lo dicho sobre la aplicabilidad de las normas sobre prenda, no puede entenderse en un sentido absoluto, sino que cada una de las distintas etapas del negocio debe juzgarse como corresponde a su respectiva faz.

En vista de todo lo anterior, la Corte no puede dar por probada la excepción que se estudia, y como no está establecido y ni siquiera se ha alegado que el préstamo hecho a Barth, sumados los intereses devengados, sea superior o exceda del valor de la póliza, claro es que queda una diferencia, siempre, a favor de los demandantes, que son los beneficiarios.

Peticiones de la demanda

En el capítulo primero petitorio de la demanda se pide que la compañía sea condenada a pagar a los demandantes la suma de dos mil trescientos ochenta y siete pesos con setenta y siete centavos oro americano, que es el saldo que según la parte actora, reste de la póliza descontados los préstamos que se hicieron al asegurado sobre ella, y cargados los intereses correspondientes.

Esta petición prospera, pero en la forma que se expresa en la parte resolutiva de este fallo, porque deben tenerse en cuenta, a favor de la compañía demandada, los préstamos de dos mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos, con cincuenta centavos oro americano, o su equivalente en moneda corriente colombiana, más sus intereses respectivos, y de trescientos pesos, veinticinco centavos oro americano o su equivalente en moneda legal y sus intereses respectivos, préstamos hechos al beneficiario, y por la otra parte el saldo que resulte a favor de los beneficiarios, devenga interés según lo que se expresa en la parte resolutiva.

Pero es entendido que hecha la liquidación respectiva, en ningún caso se hará el cómputo de interés y multa, que deba pagar la compañía a los beneficiarios, sobre una suma mayor de dos mil trescientos ochenta pesos, setenta y siete centavos oro americano U. S. o su equivalente en moneda corriente, y si la cantidad líquidada de acuerdo con el fallo fuere menor que la expresada suma de dos mil trescientos ochenta pesos setenta y siete centavos, sobre esa cantidad menor se hará el cómputo de intereses y multa.

En el segundo capítulo se demandan los intereses de la cantidad que se cobra a la compañía, desde el día en que ésta quedó constituída en mora, hasta el día en que se verifique el pago y se pide que se fije el interés corriente más alto.

Esta petición, en la forma en que está no puede prosperar, porque, según el artículo 25 de la ley 105 de 1927, son los intereses corrientes los que debe pagar la compañía demandada. Esos intereses deben computarse desde los noventa días siguientes a la muerte del asegurado Otto Ernest Barth.

En cuanto a la tercera petición, o sea la multa del 5 por ciento, es procedente de acuerdo con el artículo 3º de la ley 89 de 1928.

Finalmente, la Corte estima que no es procedente la condenación en costas en el proceso.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el trece de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, revoca la de primera instancia dictada por el Juez Primero del Circuito de Bogotá, con fecha diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta y dos, y en su lugar

Resuelve:

Primero.—No están probadas las excepciones perentorias propuestas en este juicio.

Segundo.—Condénase a The Manufacturers Life Insurance Cº, con domicilio principal en Toronto, Canadá, y representada en esta ciudad de Bogotá, por su gerente, a pagar en esta ciudad de Bogotá, a la sucesión de Otto Barth, representada por Elsa Bracht viuda de Bart, Carl Edgar Barth, Roland Barth y Erika Barth, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, el valor de la póliza tomada por Otto Barth a la compañía demandada, póliza número 233793, de fecha treinta de septiembre de 1920, o sea la suma de cinco mil pesos oro americano U. S., o su equivalente en moneda corriente colombiana. De esa suma se des-

contarán las siguientes cantidades:

a)—Dos mil cuatrocientos sesenta y cinco pesos cincuenta centavos, oro americano U. S. o su equivalente en moneda corriente colombiana, más los intereses de esa suma al seis por ciento anual, desde el 1º de agosto de 1931, hasta que se cumplan noventa días, contados desde el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta y uno, fecha de la muerte del asegurado Otto Ernesto Barth, y

b)—La suma de trescientos pesos veinticinco centavos oro americano U. S. o su equivalente en moneda corriente colombiana, más los intereses de esa suma, al seis por ciento anual, desde el primero de agosto de mil novecientos treinta y uno, hasta el vencimiento de los noventa días, contados desde la fecha de la muerte del asegurado.

Tercero.—Condénase a la compañía demandada a pagar, sobre el saldo líquido que resulte hechas las deducciones de que trata el numeral anterior, los intereses corrientes de dicho saldo, desde el vencimiento de los noventa días, contados desde la fecha de la muerte del asegurado, hasta el día en que se verifique el pago del saldo del seguro.

Cuarto.—Condénase a la compañía demandada a pagar un cinco por ciento anual sobre el mismo saldo líquido, porcentaje que se liquidará desde el vencimiento de los noventa días posteriores a la muerte del asegurado, hasta que se haga el pago del saldo del seguro.

Quinto.—No se hace condenación en las costas del proceso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA 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.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO VOLUNTARIO—CAUSALES 1ª, 3ª, 5ª y 6ª, ARTICULO 3º, LEY 118 DE 1931

En el presente caso, ante la respuesta afirmativa del jurado, que sólo negó la premeditación, no cabe la causal 1.a del artículo 3.o de la ley 118 de 1931. No está probada la causal 3.a, basada en la legítima defensa. La 5.a, sobre injusticia notoria del veredicto, carece de apoyo en los autos. Y la causal 6.a, que tacha el veredicto de contradictorio, es también improcedente, siendo así que en los términos de éste no hay contraposición alguna.

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).

El Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Buga, en auto fechado el 7 de marzo de 1934, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Jorge Luis López por el delito de homicidio de que trata el Libro III, Título I, Capítulo I del Código Penal, en la persona de Rosalino Santa, hecho ocurrido en "Punta Aguja", jurisdicción del Municipio de Bugalagrande, el 13 de diciembre de 1931.

La historia del hecho se describe del modo siguiente en la providencia expresada:

"Cuentan los autos que entre Jorge Luis López y Rosalino Santa, cuñados entre sí, no mediaban buenas relaciones de amistad. Así las cosas, en las primeras horas de la tarde del 13 de diciembre de 1931, día del crimen, López y Santa viajaban a corta distancia el uno del otro por el camino que de Sevilla conduce a Bugalagrande. En la fonda que media entre La Paila y La Estelia, López se quedó allí un momento conversando con Luis Aníbal Sánchez, pero entre tanto, Santa se adelantó unas cinco cuadras, mientras López continuó su viaje por la misma vía. Y serían las tres y media de la tarde del citado día, cuando en la casa de Sofía Navarro se oyeron gritos por allí cercanos. Eran de Antonio José Santa, hermano del ofendido, quien pedía auxilio para su hermano moribundo. Acudieron a este llamamiento José María Duque y Anacleto Vallejo, que estaban en casa de la Navarro. Ya presentes en el lugar de los sucesos, vieron a Rosalino Santa gravemente herido y con las 'tripas afuera', y como le preguntasen quién lo había herido, dijo que Jorge López. Poco después del suceso Santa murió y su hermano y amigos lo trasladaron a La Paila, a donde llegaron las autoridades de Bugalagrande como a las doce de la noche y encontraron el cadáver del occiso acompañado de sus dolientes y amigos".

Confirmado el auto de proceder por el Tribunal Superior de Buga, a donde subió en virtud de apelación interpuesta por el encausado y su defensor, y adelantada la causa, el Juzgado condenó a López en sentencia de 8 de febrero de 1935, a sufrir la pena de seis años de presidio y las accesorias de rigor, con aplicación de los artículos 587 y 600 del Código Penal, y previa calificación de la delincuencia en grado mínimo.

Para ello sirvió de base al juez de derecho el cuestionario que en seguida se copia con su correspondiente respuesta:

"¿El acusado Jorge Luis López es responsable, conforme al auto de proceder, de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Rosalino Santa, mediante tres heridas causadas con arma cortante y punzante; hecho que tuvo lugar el día 13 de diciembre de 1931, en el sitio de Punta Aguja, comprensión del Municipio de Bugalagrande de este Distrito Judicial?".

El jurado contestó: "Sí, sin premeditación".

Apelada la sentencia por el defensor del reo, el Tribunal la confirmó sin observación alguna, por medio de la proferida el 21 de marzo de 1935.

Interpuesto por el defensor de López y concedido que le fue el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, vinieron los autos a la Corte, en donde, cumplida como se halla la tramitación legal, es el caso de resolver, y a ello se procede.

De las causales de casación consagradas por el artículo 3º de la ley 118 de 1931, se invocan cuatro, a saber:

a) Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

La hace consistir el recurrente en que, a su juicio, no ha debido aplicarse el artículo 600 del Código Penal, sino el 605; porque hay prueba de que López fue llevado al homicidio de Santa en fuerza del ataque a mano armada con que éste lo acometió momentos antes.

Se observa:

Los testimonios en que se funda el recurrente para tratar de situar el delito dentro de lo dispuesto en el artículo 605, fueron apreciados por el jurado, quien no les dedujo valor alguno desde que en su veredicto declaró el homicidio simplemente voluntario, descartando sólo el elemento premeditación que se le sometió por el juez de derecho. En estas condiciones, sin que el Tribunal tuviera asidero para catalogar el homicidio de Santa en otra de las disposiciones especiales del Código, y siendo así que la ley fía en la conciencia de los jueces de hecho la expresión de la verdad, es forzoso aceptar que la sentencia que se analiza, al dar cabida al artículo 600 del Código Penal en vez del 605 que alega el recurrente, aplicó la disposición que correspondía y sancionó el delito con la pena para el caso establecida.

No es fundado, por consiguiente, el cargo.

b) Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Dice el recurrente: "...en razón de que, está demostrado palmariamente que, en el camino que recorrían el occiso y mi defendido, aquél iba adelante, sin que éste lo supiera. Se esconde en el camino y al pasar mi defendido lo asalta y lo acomete armado de una peinilla (machete), arma de filo que usan los campesinos. Viéndose atacado mi defendido empeña su defensa y así hiere a su contendor, que era nada menos que su cuñado. Este hecho está comprobado con las declaraciones de los testigos Carlos A. Duque, fs. 15, Trinidad Hernández viuda de Llanos, fs. 92 y otros, quienes declararon que el occiso iba adelante, y atrás, a cuatro o cinco cuadras, mi defendido López. Y es de colegir que, como el occiso tenía prevención contra López (lo dice el testigo Sánchez, fs. 2), lo esperó en el camino y lo atacó, ataque del que tuvo que defenderse mi dicho defendido. El corpus delicti no ha sido bien apreciado, ha habido error en su apreciación, porque quien se defiende, no vulnera ninguno de los estatutos del Código de los castigos de nuestro país, pues que apenas cumple con un sagrado deber de emplear el derecho de coacción, como lo dice el artículo 591 del Código Penal, y todos los comentaristas del mundo entero. Entiéndese por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible, según el artículo 1512 del Código Judicial".

La Sala observa:

En primer lugar, esta causal se contrapone con la anterior, porque de haber existido la legítima defensa, el homicidio de Santa sería absolutamente inculpable de conformidad con el artículo 591 del Código Penal, y entonces no podría aplicarse la sanción del artículo 605, donde se contempla una clase de homicidio, castigado levemente por las circunstancias que rodean el hecho, pero en todo caso punible.

Deben verse las declaraciones que invoca el recurrente en su apoyo.

Luis Aníbal Sánchez (f. 2). "Ayer en las horas de la tarde, viniendo yo de la población de Sevilla para el sitio de 'Punta de Aguja', en jurisdicción de este Municipio, me encontré con dos individuos que se dirigían para La Paila, que no sé sus nombres, y me informaron que más abajo había un muerto. Yo seguí, y en efecto más abajito del alto de 'Punta de Aguja', encontré un agente de policía y un particular que cuidaban el cadáver. Yo miré el muerto, el cual estaba con el frente hacia arriba, y con los intestinos que le salían por el centro del estómago, a consecuencia de una herida que le fue causada, para mi parecer, horizontalmente. Yo inmediatamente miré el difunto reconocí que era Rosalino Santa. El agente de policía me dijo que saliera a buscar elementos para una camilla para levantarlo, y así lo hice; y cuando regresé eran más de las seis de la tarde. En mi presencia el agente de policía le practicó una minuciosa requisa al cadáver, pero no se encontró absolutamente nada. Tampoco se le halló arma de ninguna clase. También noté que Santa tenía un dedo cortado, no recuerdo cuál. Oí referir a los que estaban allí presentes, que Santa antes de morir había dicho que quien le había causado la herida había sido Jorge López, pero no puedo decir qué persona hizo tal manifestación porque no sé su nombre. Yo tenía conocimiento de que entre López y Santa existían diferencias, pero no sé el móvil de ellas; recuerdo sí que en cierta ocasión, hará unos tres meses, conversando yo con Santa en la plaza de Sevilla le manifesté que le iba a comprar a Jorge López un terrenito en los nacimientos de Collarejo (Punta de Aguja) y a esto me respondió Santa que no me metiera con ese hombre, que era un pícaro; yo le contesté que en qué sentido; él me dijo entonces que no lo podía ver de ninguna suerte, que por hay a cualquiera hora lo gastaba. Allí terminó

nuestra conversación. Pocos días después me vi con López y lo interrogué acerca de la causa por la cual tenía disgustos con Santa, a lo que me contestó que no, que él no tenía ningún resentimiento con su cuñado Rosalino y me interrogó por varias ocasiones, el porqué se lo preguntaba, pero yo no quise manifestarle nada de lo que me había dicho Santa; luégo me dijo López que si por algún caso Santa le buscaba pelea, él no se la aceptaba, porque Santa era un loco. Después de esta conversación nada otra cosa volví a saber de estos dos señores, hasta ayer que se registró la tragedia. Vi también ayer, cuando venían de Sevilla Santa y López, trayendo la delantera Santa. Al llegar a la fonda que está entre La Paila y La Estelia, López se demoró allí y Santa continuó su camino, cogiéndole una distancia más o menos de cinco cuadras. Cuando ellos pasaron me hallaba yo en la mencionada fonda. Al llegar a la fonda López, no hizo manifestación de ninguna clase, se detuvo para conversar con nosotros, y hasta le averigüé con quién podía conseguir una casita, y me indicó que podía conseguirla con Juan Pineda, su compadre. Al sitio donde se encontraba el cadáver de Santa fueron llegando muchas personas, que no recuerdo quiénes sean, ni sé sus nombres; no sé qué personas sepan o puedan dar datos relacionados con el delito de homicidio que se averigua. El cadáver de Santa, una vez que lo acomodamos en la camilla que se fabricó para el efecto, fue transportado a la habitación de Carlos A. Durango, a La Paila. Es todo cuanto puedo declarar".

Carlos A. Durango (f. 15). "El 13 del mes en curso, día domingo, encontrándome en mi casa de habitación en el sitio de La Paila, en jurisdicción de esto Municipio, me llegó el aviso por conducto de José Antonio Santa, que habían matado a Rosalino Santa. Inmediatamente recibí la noticia, mandé un peón para la hacienda de 'San Pablo', en donde tenía conocimiento se encontraban dos agentes de policía, y yo partí para el sitio del suceso, que era en 'Punta de Aguja', en este distrito también. Yo me dirigí primeramente a la casa de Juan de la Cruz Pineda, por sospechar que allí se encontraba el reo, que según dicho de José Antonio Santa, era Jorge Luis López; pero Pineda me manifestó que no estaba allí, que le había dejado un bastimento y luégo se había regresado para Sevilla. Le solicité permiso al dueño de la habitación para requisarla, en mi carácter de agente de policía que soy de ese caterío, y el citado Pineda me lo concedió, pero no encontré a López por ninguna parte. Salí de allí en busca del reo por todos los contornos, pero con resultados infructuosos, y momentos después llegó mi hermano Luciano y él también contribuyó a la búsqueda del homicida. Como a las siete de la noche, y viendo que ya no era posible hallar a López, me dirigí al sitio donde estaba Rosalino Santa, y cuando llegué ya estaba muerto, y noté que tenía una herida en el estómago y otra en una mano. No vi que el muerto tuviera arma de ninguna clase, ni papeles ni objetos de ninguna clase. Luégo levantamos el cadáver, porque la noche avanzaba, y lo trasladamos al sitio de La Paila, a mi casa de habitación, hasta que llegó el señor alcalde con su secretario y unos agentes de policía y dispuso la práctica de varias diligencias, permaneciendo por esos sitios hasta el día siguiente temprano, que se regresaron, habiendo quedado varios agentes en busca del reo. Conozco a Jorge Luis López y conocí a Rosalino Santa, pero no me consta si entre ellos existiera algún disgusto, pero el día del acontecimiento sí los vi pasar por frente de mi casa, como a las dos de la tarde, y llevaban de distancia, uno del otro, cuadra y media, yendo adelante Rosalino Santa. Ultimamente por los comentarios que se oyen, se sabe que la muerte de Santa se originó por el asunto de un terrenito. Lo expuesto es la verdad".

Trinidad Hernández de Lamos (f. 92 v.). "En relación con el asunto que se averigua relacionado con la muerte dada a Rosalino Santa, cuyo año, mes ni día recuerdo, únicamente me consta que el propio día en que mataron a Santa, éste pasó por la carretera no recuerdo a qué hora, pero sí fue por la tarde, de a caballo llevando una bestia cargada, y a poco momento pasó por allí mismo Jorge Luis López de a caballo, en ancas de la bestia que llevaba cargada, y como a las ocho de la noche del propio día, llevaron a La Paila a Rosalino Santa muerto, y oí decir a la mayor parte de la gente que ocurrió a ver al muerto, que Jorge Luis era quien lo había matado. De ese día en adelante no he vuelto a oír decir nada con relación al acontecimiento".

Luis Loaiza (f. 172 v.). "Me consta personalmente que el día en que perdió la vida el señor Rosalino Santa, me hallaba yo acompañado de Pedro Lozano en un lugar en jurisdicción de Bugalagrande, en una guaca, cuando ví que venía Santa con dos bestias, y a una distancia de unas cuatro o cinco cuadras y por el mismo camino, venía Jorge Luis López arreando una bestia. Santa, al llegar a un lugar del camino, dejó ir

las bestias que llevaba adelante y se agazapé a una orilla del camino, resguardado por el rastrojo. Cuando llegó a ese lugar López, Santa, con una peinilla que probablemente tenía en la mano por la rapidez con que la sacó, se le aventó a López, y éste le tiró también a Santa con una arma cortica, siguiendo después a la carrera con la bestia. Santa siguió por un caminito, al parecer como herido, y al poco momento lo tapó de mi vista una barranca. No volví a ver después de esto a ninguno de los dos. No oí que Santa y López se dijeran palabra alguna, aun cuando en el punto donde yo estaba, sí podría oírse".

Pedro Lozano (f. 173). "2º Es cierto que el día en que perdió la vida Rosalino Santa, de que se sindica al citado Jorge Luis López, estaba yo cerca del camino, sin ser visto, observando que el nombrado Santa estaba en asecho de alguna persona, con una peinilla en la mano. 3º Es cierto, porque lo presencié, que a poco momento llegó a ese mismo punto el mentado López, y al verlo Santa, se le fue encima tirándole de peinillazos, pero sin que oyera yo qué clase de palabras se dirían".

De las declaraciones transcritas, la de Sánchez y la de Durango, testigos que exponen a raíz de los acontecimientos, nada prueban en el sentido de la legítima defensa de Jorge Luis López. Antes bien los declarantes atestiguan que vieron el cadáver y que no tenía arma de ninguna especie.

La de Trinidad Hernández de Lamos, rendida el 18 de septiembre de 1933, es totalmente inoperante.

Para analizar las declaraciones de Loaiza y Lozano, preciso es copiar lo pertinente de las de Anacleto Vallejo y José María Duque, quienes al oír los gritos que daba Antonio José Santa (hermano del occiso), pidiendo auxilio, se dirigieron al lugar del suceso y fueron los primeros en llegar allí.

Anacleto Vallejo (f. 9). "El domingo 13 del mes en curso, como a las tres y media de la tarde, más o menos, encontrándome en casa de la señora Ana Sofía, cuyo apellido ignoro, sita frente de la loma denominada Punta de Aguja, en esa jurisdicción, alcancé a oír unas voces de auxilio, que decían que habían matado a Rosalino. Yo inmediatamente me dirigí hacia el lugar donde salían las voces, y cuando llegué pude darme cuenta de que Rosalino Santa estaba herido en el estómago y que el hermano, Antonio José, le daba agua. Yo le pregunté a Rosalino que quién lo había herido, y me respondió que Jorge López. Inmediatamente después el hermano del herido se dirigió hacia La Paila a dar cuenta de lo ocurrido, y José María Duque y yo nos quedamos acompañando al herido, pero cuando murió me fui a buscar la policía a La Paila y Duque quedó allí en el sitio. Conocí a Rosalino Santa por mucho tiempo, y era un individuo muy bueno, enemigo de grescas y serio en su modo de ser. A Jorge López lo conozco de vista únicamente. El día del acontecimiento no ví a Jorge López por esos contornos ni sé dónde se encuentra hasta hoy. No me consta si entre Rosalino Santa y el homicida López existiera algún disgusto anterior. Cuando yo llegué al sitio donde Santa se encontraba herido, no tenía arma de ninguna clase; y presencié también la requisa que le hizo la policía, y pude constatar que no tenía nada en absoluto, pues ni papeles. Cuando llegó la noche, la policía optó por levantar el cadáver y llevarlo a La Paila".

José María Duque (f. 9 v.). "El domingo 13 del presente mes, como a eso de las tres y media de la tarde, encontrándome en la casa de la señora Ana Sofía Navarro, la cual se halla ubicada en el sitio de Punta de Aguja, en comprención de este distrito, alcancé a oír unos gritos, pero no pude darme cuenta qué decían. Yo me quedé donde Sofía un momento, hasta que nos llamó un muchacho que fuéramos, pero no hicimos caso; entonces Antonio José Santa nos llamó diciéndonos que su hermano Rosalino estaba de muerte; y a esta llamada sí acudimos inmediatamente y cuando llegué vi que Antonio José le daba agua al herido, que era Rosalino Santa, el cual presentaba una herida en el estómago y tenía los intestinos afuera. Anacleto Vallejo le dio la mano y le preguntó qué le había sucedido, y respondió que lo había herido el cuñado Jorge López; y como estuviera mancornado nos suplicó que lo arregláramos un poco más, y que lo fajáramos; entonces con una manta de él lo fajamos y lo acomodamos. Acto seguido el hermano del herido se dirigió a La Paila a dar el aviso para que llevaran la autoridad, y yo me quedé en el sitio con Anacleto. Momentos después de haberse ido Antonio José, expiró Rosalino, y Anacleto se fue a buscar la policía, pero ya ésta venía en el camino. Rosalino Santa no tenía arma de ninguna clase; ni tenía papeles ni ninguna otra cosa. El muerto, o sea Rosalino, era un muchacho muy juicioso, trabajador, no tomaba licor ni fumaba, y era enemigo de riñas y peleas. En cuanto a López, sí le gusta el trago, y he tenido conocimiento que es alevoso. El día que tuvo lugar la muerte de Rosalino San-

ta, no ví a López por esos contornos, ni sé dónde se halle por ahora".

Contestes son estos dos testimonios, y su afirmación es categórica en el sentido de que Rosalino Santa no tenía arma de ninguna clase.

Ante afirmaciones como éstas, ¿podrá concluírse que ha habido error en la apreciación de la prueba del hecho criminoso y punible imputado a Jorge Luis López, tal como se estimó en sus características por los jueces de conciencia y de derecho, por el dicho de dos sujetos—Loaiza y Lozano—a quienes las gentes que el día de la muerte de Santa anduvieron por aquellos sitios no vieron en parte alguna, y que más de dos años después se presentan a la Alcaldía de Sevilla a hablar del ataque de Santa a López con arma que luégo no apareció?

Y no se diga que al confesar López su delito ante la audiencia, como lo hizo, agregó la modalidad de la legítima defensa, circunstancia que ha debido aceptársele, por aquello de que el contenido de la confesión es indivisible. En esta tesis podría pensarse en el supuesto de que la responsabilidad de López en el homicidio de Santa se hallara comprobada únicamente por ese medio; pero, según acaba de verse, en el proceso obra una vehemente prueba indiciaria suficiente por sí sola para establecer esa responsabilidad, y para desvirtuar, además, cualquier hipótesis respecto de ataque a mano armada por parte de Santa.

Considera la Sala que es también infundado este cargo contra el fallo del Tribunal de Buga.

c) Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

La causal puede alegarse por cuanto tal cuestión fue debatida en las insatncias, pero la Sala no la estima fundada.

En el presente asunto, los factores de análisis de esta causal se relacionan íntimamente con los que sirvieron para el estudio de la anterior, en donde se vio que tanto la responsabilidad de López en el mero hecho del homicidio de Santa como las circunstancias que rodearon el acontecimiento, tal como fueron apreciadas por el jurado, se hallan suficientemente acreditadas en el proceso.

De esta suerte, el veredicto del jurado, proferido con base en esos antecedentes, está del todo a salvo de la tacha de injusticia notoria.

d) Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Contradictorio es lo que viola el principio de contradicción: que una cosa sea y no sea a un mismo tiempo.

La contestación del jurado al cuestionario que se le formuló acerca de la responsabilidad de López en la muerte de Santa, fue sencillamente esta: Sí, sin premeditación.

Es una conclusión nítida, que responde a una de las clases de homicidio catalogadas en el Código Penal—el simplemente voluntario—y en cuyo contenido no aparecen elementos contrapuestos.

Tampoco resulta fundado este último cargo.

El señor Procurador, en su vista de fondo, por razones análogas, es adverso a las pretensiones del recurrente.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, 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, decide que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de veintiuno (21) de marzo de mil novecientos treinta y cinco (1935), proferida por el Tribunal Superior de Buga, en la causa contra Jorge Luis López por homicidio.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Mallo B., Srio. en ppdad.

SE PRETENDE QUE LA SENTENCIA CONDENATORIA HA DEBIDO FUNDARSE EN UN PRIMER VEREDICTO DECLARADO NOTORIAMENTE INJUSTO.—NULIDAD POR IMPEDIMENTOS DE LOS JURADOS.

Bien o mal declarado por el Tribunal notoriamente injusto un veredicto del jurado, queda insubsistente, y tal declaración de injusticia no puede ser censura de tacha a la sentencia en que luego se condene en virtud de un segundo veredicto. Las causales de impedimento de los jurados se hallan taxativamente señaladas en la Ley 57 de 1887, y no pueden ampliarse por analogía con los impedimentos de carácter general para jueces y magistrados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril quince de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Por auto de 1º de mayo de 1933, el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga abrió causa criminal contra José María González por el delito de homicidio, ejecutado en la persona de Aparicio Roa el día 17 de octubre anterior, en el sitio "La Unión", Corregimiento de El Naranjo, en jurisdicción del Municipio de Lebrija, Departamento de Santander.

Adelantado el procedimiento, en la oportunidad debida el señor Juez sometió al jurado el siguiente cuestionario:

"Cuestión única.—¿José María González es responsable de haber dado muerte con arma de fuego a Aparicio Roa, y en la ejecución de este hecho ocurrido en el punto de 'La Unión', Corregimiento de El Naranjo, de la jurisdicción municipal de Lebrija, en las últimas horas de la tarde del día 17 de octubre de 1932, obró el acusado González voluntariamente, con intención homicida y con premeditación?".

El jurado contestó: "Sí, pero sin premeditación y en el momento de recibir ofensas graves".

Este veredicto fue declarado notoriamente injusto por el Juzgado del conocimiento en providencia fechada el 10 de noviembre de 1933, por considerarlo contraevidente, haciendo mención de que no consta en los autos el hecho de que el delito se hubiera ejecutado, en el acto de recibir el reo ofensas graves de Roa.

Subido el asunto al Tribunal por apelación del defensor, esta entidad confirmó el expresado auto en providencia de 23 de febrero de 1934. Así las cosas, convocado el nuevo jurado, hubo de sometérsele un cuestionario sustancialmente igual al que quedó arriba transcrito, el cual fue contestado, por mayoría, en la forma siguiente:

"Sí, sin premeditación".

Acatando este veredicto, el Juzgado condenó a José María González, en sentencia de 19 de septiembre de 1934, a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, calificando previamente la delincuencia en grado mínimo.

Como el Tribunal confirmara tal providencia, que le fue apelada, en fallo de 30 de enero de 1935, contra éste interpuso recurso de casación el defensor del reo.

Concedido que le fue y enviados los autos a la Corte, en donde se ha cumplido la tramitación de regla, se pasa a resolver lo pertinente.

Ante el Tribunal respectivo, dos causales de casación invocó el recurrente como fundamento del recurso interpuesto, a saber: La 1ª y la 2ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

En apoyo de la primera, o sea "ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma", analizada la manera como debió interpretarse el artículo 50 de la ley 169 de 1896, para concluír que el Tribunal violó tal disposición, y por consecuencia las de los artículos 1655 del Código Judicial y 304 de la ley 57 de 1887, al declarar notoriamente injusto el primer veredicto, y concreta en seguida sus razonamientos en la siguiente forma:

"En efecto, el honorable Tribunal violó el artículo 50 de la ley 169 de 1896 al estimar como evidente una verdad—si así puede llamarse—que no lo era en los autos, y al interpretar erradamente que al decir el artículo que acabo de citar 'a juicio del juez', esa facultad le da poderes discrecionales y arbitrarios, hasta para pasar por sobre las reglas generales de pruebas que establecen nuestras leyes; así, pues, como consecuencia de esa mala interpretación, violó el honorable Tribunal el artículo 1655 del C. J. en su parágrafo 1º.

Habla el artículo 50 de la ley 169 de 1896 de la evidencia, pero en ninguna parte de

nuestra legislación se define ese concepto. Es pues evidente todo lo que es cierto, es decir, aquello que por medios legales ha llegado a producir certeza en la mente del juzgador. Y de acuerdo con la legislación positiva, sólo es susceptible de producir certeza en el juzgador lo que se haya probado plenamente.

Para el caso concreto a que me refiero no hay necesidad de entrar a discriminar los diversos medios que pueden llevar la certeza a los jueces; basta para mi fin, indicar el de la prueba testimonial. Y ésta, lo dice con absoluta claridad el artículo 1675 de la misma obra. Dos testigos forman la plena prueba.

En la causa seguida a José María González, se reunió un primer jurado y dio el siguiente veredicto: 'Sí, pero sin premeditación y en el momento de recibir ofensas graves'. Pasó esa respuesta al Juez y éste estimó esa calificación del hecho, como contraria a la evidencia de los autos. Tal providencia fue confirmada por el honorable Tribunal y en consecuencia se ordenó la convocatoria de un nuevo Tribunal.

Creo yo que se violó la ley al estimar esa respuesta como contraria a la evidencia, y lo creo así porque no hay otra prueba del momento mismo de sucederse los acontecimientos que aquella que nos suministra la indagatoria del sindicado. Todas las demás pruebas se refieren a hechos inmediatamente anteriores y posteriores del delito. En efecto: José del C. Ardila (f. 4 v.) estaba adentro y salió al sentir los disparos; Rosalina Plata de Tapias (f. 7 v.) tampoco presenció; ella estaba sirviendo la comida; Jesús Cepeda (f. 11) estaba adentro y salió después de los disparos, y Pablo Cepeda (f. 11 v.) estaba en idénticas condiciones. Queda, pues, únicamente la confesión de González, quien va detallando todo y dice que para oprobiarlo a él, le tiraba la leña y le decía al buey: 'gran jijupuerca cotudo'. José María González tiene coto y esta circunstancia fue definitiva para el jurado, quien estimaba principalmente ese defecto visible para colocarlo en un estado de inferioridad respecto de los demás hombres, y considerar como grave una ofensa que en otras circunstancias no hubiese revestido ese carácter.

Como consecuencia de esa interpretación errada del artículo a que me vengo refiriendo, violó el honorable Tribunal el artículo 304 de la ley 57 de 1887, porque limitó fundamentalmente las atribuciones de los jueces de hecho, privándoles de la facultad de juzgar en conciencia y exigiéndoles demostraciones que ni constaban en los autos ni iban contra las mismas pruebas del proceso.

En las circunstancias del caso de estudio el jurado tenía amplísimo margen para dictaminar si la frase pronunciada constituía una ofensa grave para el procesado o no; en ninguna parte se ha desmentido el hecho de que esa frase se hubiese pronunciado o que se hubiese dicho otra diferente, luego esa circunstancia no pugnaba contra la evidencia de los autos, y no pugnando contra ella, había necesidad de aceptarla y admitir el veredicto. La cuestión de que sea o no ofensa grave, es un asunto enteramente relativo, puesto que una palabra podría ser hasta un elogio para una persona y un gravísimo insulto para otra; todo depende de las circunstancias personales y de las de lugar y tiempo. Y esas consideraciones pecualiarísimas fue las que consideró el primer jurado para dictaminar en ese sentido. A un hombre cotudo a quien se ha venido injuriando de manera indirecta, pronunciarle la palabra 'cotudo' era una ofensa gravísima.

Así las cosas, la sentencia ha violado la ley al apartarse del primer veredicto para fundamentarse sobre un segundo que no ha debido existir. Pido, pues, que se case la sentencia para que ella se ajuste a la primera respuesta del jurado por no pugnar ella contra la evidencia de los autos.

El jurado tiene que tener cierta amplitud de criterio y debe dársele un margen suficiente para que su conciencia valore y aprecie elementos especiales que surgen en la audiencia donde el interrogatorio del procesado, su actitud misma, su presencia y multitud de detalles más, no pueden ser tenidos en cuenta por los juzgadores de derecho de un Tribunal, quienes ni siquiera conocen al encausado. Lo contrario sería mixtificar la administración de justicia popular y convertirla, contra el espíritu de la ley, en una sucursal de los juzgados de derecho".

Lo transcrito, que constituye toda la argumentación del recurrente en apoyo de la causal primera de casación invocada por él, se reduce exclusivamente a defender y sustentar el primitivo veredicto que fue declarado notoriamente injusto y quedó por lo mismo insubsistente, y se dirige en contra del auto del Tribunal que tal cosa hizo. No se hacen allí reparos, ni se arguye o sostiene cosa alguna contra lo que es propiamente materia de la sentencia de segunda instancia que puso fin al proceso confirmando la del juzgado, o sea con relación a la

condena de José María González como autor de homicidio simplemente voluntario en fuerza del veredicto del segundo jurado.

Y como el recurso de casación debe ejercitarse contra las sentencias definitivas que en última instancia dicten los Tribunales Superiores, y sólo contra lo dispuesto ilegalmente en ellas puede dirigirse la demanda respectiva, hay que concluir que la causal primera no está fundada, desde luego que el recurrente ni siquiera ataca la sentencia del Tribunal que sentenció al reo, para demostrar su improcedencia.

No quiere esto decir que la Sala comparta las apreciaciones del Juzgado y del Tribunal en cuanto a la declaración que profirieron sobre injusticia notoria del primer veredicto, por contraevidente. Lo que ocurre es que de los términos del artículo 50 de la ley 169 de 1896 se desprende que aquella facultad para resolver acerca de las decisiones del jurado es de la exclusiva incumbencia de los jueces y Tribunales, como mero incidente de instancia, sin que al subir luégo el proceso en casación a la Corte, por virtud de la sentencia definitiva y condenatoria, basada en las respuestas de un nuevo jurado, puedan retrotraerse las cosas a la solución—buena o mala—que antes se diera con relación al veredicto de un jurado anterior.

La Sala de Casación sólo penetra en estos asuntos de contraevidencia en los veredictos de los jurados, en el caso de la causal 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea cuando la sentencia es violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que la cuestión haya sido debatida previamente en las instancias. Pero esto, naturalmente, cuando se trata del mismo veredicto que sirvió de base a la sentencia y no de uno anterior; entre otras razones, lo dispuesto en la parte final del artículo 50 de la ley 169 de 1896.

El señor Procurador estima también que es infundado este cargo contra la sentencia del Tribunal de Bucaramanga.

Sobre la causal segunda, se expresa el recurrente así:

"Subsidiariamente, y para en caso de que no fuese aceptada la causal anterior, interpongo recurso para que la sentencia se case por cuanto se ha dictado la sentencia sobre un juicio viciado de nulidad sustancial. (2ª causal, artículo 3º, ley 118 de 1931).

El artículo 265 de la ley 57 de 1887, numeral segundo, fija como causa de nulidad del juicio el no haberse reemplazado un jurado si era el caso de hacerlo, y en este proceso, en el sorteo del segundo jurado, salió sorteado el doctor Salvador Pérez, médico legista, quien había sido perito en alguna diligencia del sumario; la defensa pidió en el momento del sorteo que fuera reemplazado, y como el juez se negara a ello y no dejara constancia en el acta, al tiempo de firmar agregó (f. 71 v.) su inconformidad por tal procedimiento, puesto que se violaba el artículo 435, ordinal 9 de la ley 105 de 1931.

En efecto, esta última disposición ha modificado el artículo 243 de la ley 57 de 1887, puesto que según establece el artículo 2021 del C. J. a falta de toda regla general o especial, todo vacío en el procedimiento criminal se llenará con lo semejante del procedimiento civil. Nada se ha dispuesto sobre quien ha sido perito en diligencias criminales que constituyen prueba y pueden servir fundamentalmente para el fallo de conciencia; ahora bien: el artículo 435 citado dice claramente que todo juez está impedido para conocer del negocio en el cual haya sido perito; y si esta pulcritud se tiene para los asuntos civiles que indudablemente carecen de la importancia de los criminales, es natural y es lógico, que la misma regla impere para el procedimiento de oficio.

Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición; luego en el caso de peritos, la regla se impone y el impedimento aparece nítido y aceptable. El doctor Pérez estaba impedido para servir de jurado y su presencia vició el juicio de nulidad".

Tampoco es casable por este aspecto la sentencia recurrida, porque, como lo dice el señor Procurador, "el hecho de que el doctor Salvador Pérez hubiera sido perito en alguna diligencia del sumario, no le impedía ser designado en la causa, porque tal impedimento no está reconocido por el artículo 243 de la ley 57 de 1887, especialísimo para la formación del jurado o jueces de conciencia. El impedimento que señala el ordinal 9º del ratículo 435, Código Judicial, se refiere a los jueces de derecho. De suerte que no se ha incurrido en la causal 2ª de nulidad que contempla el artículo 265 de la ley primeramente citada, porque no era el caso de reemplazar al doctor Pérez".

Si es verdad que el código de procedimiento penal en su Capítulo II, Título VIII, del Libro III remite al libro de procedimiento civil todo lo relativo a impedimentos y recusaciones de jueces y magistrados que conocen en asuntos criminales, los impedimentos para el cargo de jurado, cuyo desempeño tiene lugar en una actuación de na-

turaleza especial, están taxativamente señalados en la ley 57 de 1887. En tal virtud, ni con anterioridad, ni después de la ley 105 de 1931, que antes bien en su artículo 204 dejó en vigor y como de orden preferencial todo lo concerniente a las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes, podría resultar admisible ampliar aquellos motivos de impedimento, y mucho menos para decretar nulidades en los juicios ya decididos.

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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el treinta (30) de enero de mil novecientos treinta y cinco (1935), en la causa contra José María González por homicidio.

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.

JUICIO DE RESPONSABILIDAD

Los Secretarios deben pasar al despacho de los Magistrados o Jueces los memoriales que presenten las partes en los juicios, de conformidad con el artículo 350 del Código Judicial, sin que obste la circunstancia de estarse sacando en limpio una resolución o auto, pues no puede decirse que hay auto en sentido legal sino cuando ya está autorizado con la firma del respectivo juez.

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).

Las presentes diligencias versan sobre un juicio de responsabilidad cuyo informativo se adelantó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Concluyen las diligencias aludidas con el sobreseimiento definitivo a favor del señor Antonio Reyes Castillo, contra quien se inició el juicio. Y viene en consulta a la Corte el sobreseimiento en cuestión, que lleva fecha de septiembre 26 de 1935.

Para resolver se considera:

El 29 de agosto de 1934 la señora Filomena Camacho v. de Martínez solicitó ante el señor Procurador General de la Nación que se abriese juicio de responsabilidad contra el señor Antonio Reyes Castillo, Secretario del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

El Procurador en vista de la solicitud anterior ordenó pasar al Tribunal Superior de Tunja el memorial de la señora Camacho v. de Martínez con la documentación que acompañó la solicitante, para que dicho Tribunal promoviera la investigación penal de los hechos denunciados, ya que de conformidad con el numeral 4º del artículo 66 del Código Judicial es él el competente por tratarse de un juicio de responsabilidad contra el Secretario del mismo.

Por providencia de 28 de octubre de 1934 el Tribunal ordenó traer a los autos varios elementos de prueba, llegados los cuales consideró finalizada la investigación.

En el auto de sobreseimiento consultado el Tribunal hace la consideración de que el juicio debe seguirse por los trámites extraordinarios, ya que el hecho que lo motiva hace responsable al empleado del resarcimiento de daños y perjuicios o merecedor de pena de arresto o de otra diferente de las que menciona el artículo 360 de la ley 105 de 1890, en su primera parte y de acuerdo con esta subdivisión del procedimiento en los juicios de responsabilidad, por razón de las penas aplicables procedió el Tribunal al análisis de los hechos.

Este análisis lo concreta así el Tribunal:

"Preceptúa el artículo 1876 del C. J. aplicable, que para fundamentar una demanda criminal, ya sea por los trámites ordinarios, ora por los extraordinarios, se necesita la misma prueba que exige el artículo 1627 de la obra citada en los juicios comunes, vale decir, la comprobación plena de la existencia del hecho punible y por lo menos un testigo idóneo o graves indicios que digan relación a la responsabilidad material del autor de aquel hecho.

"Veamos, pues, si en el caso que se contempla existe, o no, la comprobación de una

conducta antisocial que es lo que caracteriza el delito.

"En toda acción punible deben concurrir necesariamente dos fuerzas o elementos; uno material o físico y otro intelectual o moral. Este último elemento necesita del concurso del entendimiento y la voluntad. De lo cual se infiere que el hombre para delinquir debe, por una parte, tener conocimiento perfecto del acto que va a ejecutar, y de otra, someterlo a los actos de su libre voluntad.

"Es muy claro, a juicio del Tribunal, el punto que aquí se debate: procedente del Juzgado 1º del Circuito de Guateque, se encontraba en esta corporación (Sala Civil), un juicio ejecutivo seguido por el señor Rafael María Valderrama, cesionario del señor Leopoldo Gómez, contra la señora Filomena Camacho v. de Martínez, juicio en el cual se habían interpuesto varios recursos de apelación contra providencias suscritas por el señor Juez de primera instancia. Este juicio, antes de que el Tirbunal decidiera sobre el mérito legal de las providencias materia del recurso, sufrió, de manera perfecta, la tramitación correspondiente a la instancia, circunstancia ésta plenamente constatada en este juicio. Pero sucedió que la señora Camacho v. de Martínez, ya terminada la tramitación de la instancia, tuvo a bien presentar ante el Tribunal un memorial fechado en la ciudad de Bogotá el 16 de marzo del año pasado y recibido el 20 de los mismos mes y año, acompañando a él, en copia, un auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio especial de venta promovido en el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil de Bogotá, por 'The National City Bank of New York' contra la señora Emma Cortés de Echeverri y la firma de 'Echeverri Hnos. & Cía.', memorial éste que el señor Secretario del Tribunal, señor Antonio Reyes Castillo, no pasó al despacho, pues dijo, en la respectiva nota de recibo, se estaba sacando en limpio en la Secretaría el auto que falla el recurso.

"Este último hecho (el no haber pasado el memorial suscrito por la señora Camacho v. de Martínez, junto con la copia a que se ha hecho referencia, al despacho del señor Magistrado que conocía del negocio Valderrama, Camacho v. de Martínez, por estar sacándose en limpio en la Secretaría el auto que fallaba el recurso), ha sido el motivo de este juicio, ya que la señora denunciante supone que, de haber conocido el Magistrado sustanciador su memorial y la copia del auto pronunciado por el Tribunal de Cundinamarca, el negocio se habría fallado en su favor.

"¿Y este hecho está comprobado? De manera plena. Al través de las páginas de este juicio aparece la nota suscrita por el entonces Secretario del Tribunal, señor Antonio Reyes Castillo, en la cual se afirma por el mismo empleado que el memorial y los documentos adjuntos a él presentados por la señora Camacho v. de Martínez, ante el señor Juez 2º del Circuito en lo Civil de Bogotá y recibido en este Tribunal el 20 de marzo del año pasado, no fue pasado al despacho.

"Hasta aquí, el hecho motivo del juicio, bien puede decirse, ha quedado plenamente establecido en su estructura material o física. Pero esto, en tratándose de fundamentar una demanda en juicio de responsabilidad, no es suficiente. Es preciso establecer sin la menor duda el elemento intelectual o moral que dice relación, como ya se dijo, al entendimiento y voluntad que obrara el agente del hecho material. Perteneciendo el delito, o culpa, al campo psicológico, por razón de su naturaleza, preciso es buscar la voluntad y la malicia en la acción u omisión".

"¿Por qué motivo el Secretario del Tribunal, señor Reyes Castillo, no pasó al despacho el memorial que recibiera de la señora Camacho v. de Martínez? El mismo lo dice: porque se estaba sacando en el momento del recibo en limpio en la Secretaría el auto o providencia que fallaba el recurso. ¿Esta afirmación es verdadera? Está claro que sí. Es suficiente observar que la providencia del Tribunal cuando revisaba y fallaba las providencias materia del recurso, tiene fecha 20 de marzo del año pasado, es decir, la misma fecha de la presentación del memorial dirigido al Tribunal por la señora Camacho v. de Martínez. Por otra parte, la certificación que consignara el Magistrado doctor Antonio María Suárez, visible al folio 14 vuelto de este juicio, nos está diciendo que el Secretario, señor Reyes Castillo, tenía conocimiento de que el negocio no estaba ya al despacho del señor Magistrado, toda vez que bajo su vigilancia el empleado o mecanógrafo de cada Magistrado sacaba en limpio sus resoluciones.

"Siendo verdadera la afirmación consignada por el señor Reyes Castillo; y no existiendo, por otra parte, disposición alguna que imponga a los Secretarios el deber de pasar al despacho memoriales cuando ya el criterio del juzgador está consignado en un proyecto de resolución, como en el caso que

se contempla, de ¿dónde se deduce siquiera la omisión voluntaria o la ignorancia contraria al deber? ¿Se dirá acaso que en la suposición que ha formulado la señora Camacho v. de Martínez, cuando afirma que si su memorial lo hubiese visto el Magistrado que conocía su negocio lo habría fallado en su favor? No, en absoluto. En el campo de las suposiciones todo concepto puede ser verdadero. Pero por este campo no marcha ni puede marchar, la justicia penal. Ella transita, o debe transitar, por un terreno firme, despejado de dudas y suposiciones.

"El Tribunal considera que en el hecho que ha motivado este juicio no hubo siquiera una omisión. Y es de advertir aquí, con el ánimo de afirmar este concepto, que la tramitación propia de la instancia en el juicio a que alude la señora Camacho v. de Martínez, había terminado ya cuando fue presentado en el Tribunal el memorial suscrito por esta señora.

"Como se ha visto, el elemento intelectual o moral que concurre con el elemento material en la comisión de todo delito o culpa, no existe en este juicio. Y no existiendo es improcedente, desde el punto de vista legal, fundamentar una demanda en juicio de responsabilidad porque, como arriba se expresó, para hacerlo se necesita la misma prueba que exige el artículo 1627 del Código Judicial en los juicios comunes. De consiguiente es preciso dar aplicación a los artículos 1628 del Código Judicial, en armonía con el artículo 33, numeral 2º, de la ley 104 de 1922, profiriendo un auto de sobreseimeinto definitivo.

"Por otra parte, si se considera que en este juicio de responsabilidad el señor Reyes Castillo sólo tiene la obligación de indemnizar daños y perjuicios, ésta, está prescrita. Prescribió el día 20 de marzo del año que corre. Así lo determina el artículo 1882 del Código Judicial".

El señor Procurador General de la Nación, luégo de transcribir todo el auto de sobreseimiento, dictamina así sobre el caso:

"Los fundamentos del Tribunal hacen ver claramente que en realidad el señor Reyes Castillo no cometió delito con el hecho que se le imputa, desde luego que ya no tenía objeto legal pasar el memorial de que se trata al despacho del Magistrado, pues ya el asunto estaba en situación de no poder ser modificado, toda vez que se encontraba en la Secretaría sacando en limpio el auto o providencia que fallaba el recurso. Además, la tramitación propia de la instancia en el juicio en referencia, había terminado ya cuando fue presentado el memorial. No se ve, pues, la intención dolosa con que hubiera procedido el señor Reyes Castillo.

"Por lo expuesto, y salvo mejor parecer vuestro, conceptúo que debéis confirmar la providencia consultada".

La Sala observa:

La providencia del Tribunal asienta:

1º Que en todo delito deben concurrir necesariamente dos elementos: uno material o físico y otro intelectual o moral.

El elemento de hecho, es decir el no haber pasado el memorial suscrito por la señora Camacho v. de Martínez junto con la copia, al despacho del Magistrado que conocía del negocio por estar sacándose en limpio en la Secretaría el auto que fallaba el recurso está comprobado y de manera plena, agrega el Tribunal. Para ello basta verificar el recibo y la nota que figuran al folio 39, suscrita por el Secretario Reyes Castillo.

2º En cuanto al elemento de ánimo o voluntariedad, conceptúa el Tribunal que no hubo la malicia y la voluntad en la acción u omisión atribuída al Secretario. Y a este respecto dice: "que porque se estaba sacando en el momento del recibo en limpio, en la Secretaría el auto o providencia que fallaba el recurso, el Secretario no pasó al despacho el memorial.

La afirmación de que se estaba sacando en limpio el auto que fallaba el recurso es cierta y lo testifica el Magistrado sustanciador al folio 14 vuelto, aunque de manera general, pues dice que los autos y sentencias dictados por los magistrados los saca en limpio el empleado del respectivo magistrado, bajo la vigilancia del Secretario, como lo dispone el reglamento. Pero de este hecho no se deduce que presentado el memorial no hubiese el Secretario de dar cumplimiento al artículo 350 del Código Judicial, que dispone que debe poner al despacho los memoriales que presenten las partes con los autos a que ellos se réfieren, expresando la fecha de su presentación. La resolución de esos memoriales compete al Juez, pues los Secretarios sólo pueden rechazar los escritos irrespetuosos, pero consultando—dice el numeral 17 del artículo 121 del Código Judicial — previamente al Juez o Magistrado respectivo, para evitar abusos y dificultades.

De lo expuesto se deduce que el Secretario del Tribunal Superior de Tunja faltó u omitió unos de sus deberes, aunque estuviese sacándose en limpio el auto que terminaba el recurso. Y aun cuando estuviese ya formado el criterio del juzgador, pues no

hay auto ni sentencia en sentido legal sino una vez que esté autorizado con la firma del respectivo Juez.

3ª La parte esencial, lo fundamental del sobreseimiento estriba para el Tribunal en que no hubo voluntad ni malicia.

Pero a este respecto cabe observar que además de que en toda violación de la ley se supone la voluntad y malicia mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario (artículo 2º del Código Penal), hay también actos u omisiones punibles que son aquellos a que se refiere el artículo 3º del mismo Código Penal, que denomina culpa y que son violaciones imputables, aunque no maliciosas y voluntarias, de la ley por la cual se incurre en alguna pena. Estas son infracciones no intencionales pero castigadas por la legislación positiva.

Reúnense, pues, los elementos necesarios para enjuiciar que requiere el artículo 1627 del Código Judicial, en armonía con el 1876 del mismo Código, relativo al seguimiento de causa en los juicios de responsabilidad por los trámites ordinarios como por los extraordinarios, ya que hay prueba de la omisión de un deber, y de la imputabilidad de quien a él faltó.

El Tribunal considera también que de acuerdo con el artículo 1882 del Código Judicial está prescrita la acción porque se trata de indemnizar daños y perjuicios. Pero es entendido, según la letra del mismo artículo, que esta prescripción sólo corre y extingue la acción cuando el hecho que motiva la responsabilidad únicamente comporta la obligación de indemnizar daños y perjuicios y no tiene impuesta por la ley otra pena. Y el caso que se estudia sí tiene otra pena, como se ve en el Capítulo 5º, Título 10º, Libro 2º del Código Penal.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo 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, revoca el sobreseimiento consultado y en su lugar abre causa criminal por los trámites extraordinarios contra el señor Antonio Reyes Castillo, mayor de edad y vecino de Tunja, Secretario del Tribunal Superior de ese Distrito Judicial por uno de los delitos contemplados en el Capítulo 5º, Título 10º, Libro 2º del Código Penal, que se comprende bajo el mote de "Empleados públicos que no obedecen o no cumplen las leyes y órdenes superiores; que impiden o embarazan o se conciertan para impedir o embarazar su ejecución o la de algún acto de justicia o que incurren en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones".

Cópiese, notifíquese, devuélvase al expediente y publíquese en la GACETA.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Mello R., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO DEL JURADO

El hecho de haber fundamento jurídico para dictar auto de proceder, a pesar de que el procesado niegue en su favor la circunstancia de legítima defensa, demuestra que ésta no resulta establecida en el proceso, por lo menos de una manera evidente o con claridad tal que imponiera un fallo de sobreseimiento; y en tales circunstancias tampoco puede calificarse de contrario a la evidencia el veredicto del Jurado que declara responsable al procesado.

La simple posibilidad de que un veredicto sea errado no implica que haya de considerarse notoriamente injusto.

HOMICIDIO VOLUNTARIO «MENOS GRAVE»

Si el cuestionario sometido al Jurado se propone de acuerdo con la manera como están formulados los cargos en el auto de proceder; si ni aquél, ni éste mencionan modalidad alguna de las contempladas por alguno de los numerales 1.o, 2.o, 4.o, 5.o o 7.o del artículo 587 del Código Penal; y si el veredicto del Jurado tampoco la menciona, no puede el Juez aplicar la pena mitigada de que habla el artículo 602, sino la que corresponde al delito de homicidio simplemente voluntario, según el artículo 600.

Es potestativo del sentenciador calificar el homicidio como de los «menos graves», pero siempre que el cuestionario o el veredicto hayan declarado que el hecho es de los previstos por uno de los numerales 1.o, 2.o, 4.o, 5.o y 7.o del artículo 587 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, siete de mayo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

Después de oír el concepto del señor Procurador General de la Nación y estudiado atentamente el escrito por medio del cual se interpone el recurso de casación, se procede a fallar sobre éste.

La sentencia recurrida lleva fecha 12 de junio de 1935, la dictó el Tribunal Superior de San Gil, y confirma la que había proferido el Juzgado 1º Superior del mismo Distrito Judicial contra Moisés Vega, a quien impuso la pena de seis años de presidio por el delito de homicidio en la persona de Gabriel Antonio Tirado.

No alegó ante la Corte el recurrente, pero al interponer la casación su defensor, doctor Luis Antonio Martínez, lo hizo en un escrito muy claro y adecuado al caso.

El señor Procurador General de la Nación lo refuta y pide que no se infirme el fallo recurrido.

Dos son las causales propuestas por el señor abogado recurrente, las cuales se pasa a examinar por separado.

1ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

Tanto el señor abogado recurrente en su escrito de casación, como el procesado Vega en su indagatoria, sostienen que éste mató en ejercicio del derecho de legítima defensa.

Aunque no compete a la Corte, por regla general, examinar los hechos del proceso y las pruebas de ellos, puesto que el recurso de casación versa sobre la sentencia recurrida, y no sobre el procesado ni sobre el hecho que se le imputa, al ser atacada la sentencia por injusticia del veredicto sobre el cual se dictó, forzoso es hacer algunas consideraciones acerca de la injusticia alegada.

En el caso particular de que se trata han sostenido el procesado y su defensor que aquél disparó su revólver sobre Gabriel A. Tirado, al ver que éste sacaba un puñal para agredirlo. Propuesto así escuetamente el hecho implicaría un caso de legítima defensa; pero es preciso tener en cuenta que dos testigos presenciales, Luis Eduardo Galvis (folio 2 v. del sumario) y Luis E. Moreno (folio 3 ibídem), declaran que entre Vega y Tirado se suscitó un altercado de palabra; que Vega (el matador) le tiró al otro un pescozón; que Tirado también le dio uno o dos pescozones a Vega; que en ese estado las cosas, es decir, hallándose los dos contendores en plena riña, Tirado hacía ademán como de sacar algo del bolsillo; que Vega y quizá los declarantes pensaron que lo que trataba de sacar Tirado era un puñal; que en esas uno de los declarantes, Luis E. Moreno, trató de mediar entre los contrincantes, "prendiéndolo de la camisa para retirarlo", a Tirado, "pero esto no bastó porque Vega hizo fuego. Como se ve, no se trata de un sencillo episo-

dio en el cual resplandezca con claridad el estado de legítima defensa: se trata de un homicidio cometido en riña, promovida quizás por Tirado, con las palabras injuriosas, pero provocada por Vega, quien dio el primer pescozón.

El hecho de haber fundamento para dictar auto de proceder demuestra que por lo menos no resultaba evidente o claramente establecida la legítima defensa por parte de Vega, pues de lo contrario se habría carecido del "hecho criminoso y punible según las leyes", que exige el artículo 1512 del Código de Procedimiento Criminal para que haya cuerpo del delito y, de consiguiente, para que pueda abrirse causa criminal.

Estos dos considerandos bastan para demostrar que aun aceptada la posibilidad de que el Jurado se equivocara al dar el veredicto que profirió, de ningún modo podría calificarse ese veredicto como notoriamente injusto o contrario a la evidencia, tanto más cuanto se le ataca por una modalidad que en concepto del propio recurrente es muy discutible. Legítima defensa simple, exceso en la legítima defensa, homicidio simplemente voluntario cometido en riña: hé ahí varias modalidades, cualquiera de las cuales hubiera podido adoptar el Jurado, acertada o erróneamente, pero sin incurrir en evidente injusticia por atenerse a una de ellas y desechar las otras.

No es, pues, posible que prospere, por esta causal, el recurso propuesto.

2ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación o por mala interpretación de la misma.

La sostiene así el recurrente:

"Los mismos declarantes presenciales Calvis y Moreno, en los mismos folios, dan el fundamento que si no hubo legítima defensa, al menos el homicidio es de los menos graves, porque las agresiones de palabra y de hecho que los testigos refieren de Tirado, al menos demuestran que el homicidio fue consumado por una provocación, ofensa, agresión que inmediatamente antes del homicidio, el occiso irrogó al propio homicida; o hubo un peligro que fundadamente temió el homicida inmediatamente antes del homicidio; pues el hecho no más de intentar sacar cuchillo en un ataque constituye un peligro que el contendor fundadamente puede temer; y si esto es así, el homicidio es de los menos graves y la disposición aplicable es el artículo 602 del C. P. y no el 600: luego hubo indebida aplicación de la ley penal o mala interpretación de ella".

La Corte observa a este respecto: el cuestionario se propuso de acuerdo con el auto de proceder y ni aquél ni éste mencionan modalidad alguna favorable a la tesis del recurrente; y el veredicto es simplemente afirmativo.

Verdad es que el Juez puede calificar como delito menos grave el homicidio, cuando sea uno de los contemplados en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal; pero no es potestativo del Juez decidir en la sentencia, que el homicidio encaje dentro de una de esas disposiciones: el jurado, al definir los hechos en su veredicto, o el Juez al preguntarlos en el cuestionario, plantean el punto.

Por lo que hace al presente proceso ocurre, además, una significativa circunstancia, a saber, la de que al estudiar el proceso para resolver sobre un incidente de excarcelación, el Juzgado a quo partió de la base de que el homicidio imputado a Moisés Vega no podía calificarse como uno de aquellos que la ley califica de "menos graves" entre los simplemente voluntarios; esa interpretación del auto de proceder dada por el mismo Juzgado que lo dictó ponía al Juez en el caso de interrogar al Jurado acerca de un homicidio simplemente voluntario.

Basta lo dicho para concluír que tampoco se podía aplicar en este caso, dado el texto del cuestionario y del veredicto y dada la conformidad de ellos con el auto de proceder, disposiciones diferentes del artículo 600 del Código Penal; y que por tanto no puede tacharse la sentencia por indebida aplicación o por mala interpretación de la ley penal.

Fundada en los considerandos que preceden, 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 infirmar, y no infirma, la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, de fecha 12 de 1935, y por la cual se condena a Moisés Vega a la pena principal de seis años de presidio por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Gabriel Antonio Tirado.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo Ramos, Srio. en ppdad.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DEL VALOR DE UNA ZONA DE TERRENO Y, EN SUBSIDIO, REIVINDICACION

La restitución del predio en que hay un edificio construído por la parte demandada y que decretó el Tribunal, está en oposición con principios de derecho generalmente reconocidos y aplicados por la doctrina y la jurisprudencia. La justicia no puede, cerrando los ojos a la realidad, decretar la devolución de un bien destinado y apropiado ya para objetos de servicio público. Debe, en cambio, decretar en tales casos el pago de su valor o la indemnización correspondiente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José, con personería debidamente reconocida, y por medio de apoderado, formuló demanda ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, de donde es vecina, contra el Departamento de Caldas, para obtener el pago de una suma de dinero a favor del Orfelinato, o en subsidio, la devolución de una zona de terreno que actualmente ocupa el Ferrocarril de Caldas y que pertenece al Orfelinato.

Como hechos de la demanda, se expusieron los siguientes:

"1º—Por la escritura número 638, de 7 de julio de 1916, de la Notaría 2ª de este circuito (Manizales), que se registró en lugar y tiempo, de donación hecha por el señor Francisco Jaramillo J., y de partición de bienes comunes hecha por el señor Juan Pablo Echeverri, la Junta de la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José, nombrada, hubo la posesión y el dominio de un predio ubicado en este municipio, en las afueras de la ciudad, al norte de la Avenida de Cervantes, constante de 160 varas de frente, a esa vía, y de 100 varas de centro hacia el norte, que linda: "Por el frente, en una extensión de 160 varas, medidas desde el centro de la chamba nueva, lindero hoy con terreno de los señores Juan Antonio Toro y Juan Pablo Jaramillo I., hacia el occidente, por la Avenida Cervantes; de este punto, donde terminan las 160 varas mentadas, se traza una perpendicular hacia el norte, en una extensión de 100 varas (base productiva) (sic); del punto donde se completan las 100 varas dichas se sigue una paralela con la Avenida Cervantes hasta encontrar el centro de la chamba montada, y chamba arriba hasta dar con el camino público, Avenida Cervantes, primer punto de partida.

2º—Este Departamento, con la Estación de Manizales y otras obras del Ferrocarril de Caldas, sin haberle comprado a la Junta de la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José, ocupó y detenta del predio anterior, un área de forma irregular de dos mil trescientos seis metros ochenta y seis centímetros cuadrados (2,306.50), que lindan: por el sur con el terreno del demandante; por el occidente, con la trilladora 'La Manuelita', de propiedad de Bernardo González y otros; por el norte, con terreno del demandado, y por el occidente, con propiedad de la Colombiana de Cervezas, Pedro Uribe M., Bernardo y Agustín Gutiérrez.

"3º—Cuando se estaba construyendo el Ferrocarril de Caldas, la sociedad propietaria de ese predio, por tratarse del Departamento, para facilitar la ejecución de la obra en que todos teníamos interés, consintió en que sin expropiación y sin previo arreglo de la faja y perjuicios, se llevara a efecto, mediante la promesa oficial que se le hizo por los agentes del Gobierno de que luégo como se terminara la estación y se supiera el área ocupada del predio, los desmoronos y perjuicios causados en él, se fijaría el precio y se le pagaría la indemnización correspondiente.

"4º—No obstante la generosidad con que procedió la Junta de la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José y las muchas gestiones amistosas que se han hecho ante los diversos agentes del Gobierno del Departamento, no ha sido posible que el demandado se allane a cumplir el precio y a pagar la indemnización a que haya lugar.

"5º—El Departamento de Caldas es una entidad poderosa, que disfruta de grandes rentas y de empresas valiosas, y el demandante, en cambio, es una pobre casa de beneficencia que sustenta y abriga un número considerable de huérfanos y no está en capacidad económica de desprenderse en favor de aquél, del valor del predio y de los perjuicios sufridos de un modo gratuito.

"6º—Desde el 18 de octubre de 1924, fecha en que se celebraba con toda pompa el setenta y cincuavo aniversario de la fundación de esta ciudad, en la cual se inauguraron los trabajos de la estación de Manizales, ocupa el Departamento el terreno mencionado. Desde entonces lo viene él usufructuando y desde entonces está el demandante privado de él y de sus frutos.

"7º—El Departamento de Caldas pagó a los señores Pedro Uribe, Pedro José Mejía y otros, las áreas en las cercanías de predios de éstos, en proporción a los predios de aquella época, y es justo que a la Junta de la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José se le pague la suya en la misma proporción.

"8º—El área de 2306 metros, 86 centímetros, o las 3604 y media varas cuadradas que ocupa el Departamento con la Estación del Ferrocarril y demás obras anexas a él, según lo anterior, vale la suma de quince mil pesos ($ 15,000), más los intereses legales de esta suma por todo el tiempo que la ha tenido y que la tenga en su poder sin hacer el pago".

Con la demanda se acompañó copia registrada de la escritura número 668 en que consta la donación hecha a favor de la sociedad demandante, del lote de terreno a que se refiere el presente juicio; el Nº 15,556 del "Diario Oficial", de 31 de julio de 1915, en el cual aparece la resolución del Poder Ejecutivo mediante la cual se le reconoce personería jurídica a la sociedad demandante; sus estatutos publicados en folleto; copia del acta de la misma sociedad en la cual aparece acreditado como Presidente de ella Mons. Luis Carlos Muñoz O., y unos oficios dirigidos al Presidente de la entidad demandante por los dirigentes del Ferrocarril de Caldas, relacionados con el negocio a que se refiere el presente juicio.

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Manizales dio contestación, en nombre del Departamento de Caldas, a la demanda de que se ha venido haciendo mención, oponiéndose, en definitiva, a las peticiones solicitadas en el libelo, pidiendo la absolución para la entidad representada y diciendo al terminar que "sin duda alguna el Departamento está dispuesto a pagar a la bella institución demandante lo que justamente pudiera deberle".

Los hechos en que se fundó la demanda fueron contestados así: el 1º afirmativamente, agregando una aclaración; el 2º: "Tengo que rechazar como inexacto lo afirmado en este hecho, por las razones siguientes: en primer lugar, es un error manifiesto afirmar que el ferrocarril "con la estación de Manizales y otras obras" ocupa parte alguna del predio de la Junta de la Casa de Huérfanos; de esta afirmación me sacará verdadero la medida que se practique del terreno de la Junta demandante durante el término probatorio; en segundo lugar, aún en el supuesto de que hubiera alguna pequeñísima faja de terreno de la junta actora en la explanada que queda frente a la estación, el Departamento no sería detentador de esa fajita, como lo dice en este numeral el demandante, porque, como el mismo actor lo asegura en el numeral siguiente, "la sociedad propietaria de ese predio consintió en que la obra se llevara a efecto sin expropiación y sin previo arreglo"; el 3º: "Aun cuando lo asegurado en este hecho no me consta en forma alguna, es lo cierto que las cosas hubieran pasado como aquí se dice, y en tal virtud lo acepto como verdadero"; el 4º: "Este hecho no lo niego, pues, según informes que se me han dado por empleados del ferrocarril, es precisamente la junta demandante la que se ha negado a efectuar un arreglo amigable y equitativo, cosa que, al suscrito parece muy probable, toda vez que en esta demanda se cobran quince mil pesos por una faja, que, de ser cierto que la usurpara el ferrocarril, pudiera valer la centésima parte"; el 5º lo niega en una parte y lo acepta en otra, refiriéndose al concepto de que el Departamento de Caldas es una entidad poderosa, rica, y que la parte actora es una pobre casa de beneficencia; el 6º: expresa que no le consta pero que no tiene inconveniente en aceptarlo como cierto, en cuanto realmente se haya ocupado por el ferrocarril de Caldas una fajita de terreno perteneciente a la parte demandante; el 7º ni lo afirma ni lo niega, y agrega una explicación; el 8º lo niega, aun cuando deja en pie la posibilidad de que el Departamento puede estar ocupando una zona de terreno perteneciente al actor, de un valor muy inferior a la cantidad de quince mil pesos.

El juicio fue abierto a prueba, y se practicó una diligencia de inspección ocular para el reconocimiento y avalúo de la zona de tierra cuyo valor se demanda; las partes alegaron y el Tribunal Superior, por medio de sentencia de fecha 8 de septiembre de 1934, resolvió lo siguiente:

"1º—Condénase al Departamento de Caldas a restituír a la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José, tres días después de la ejecutoria de esta sentencia, la faja de terreno de propiedad de dicho Orfelinato, cuya situación, cabida y linderos aparecen claramente detallados en la demanda, y que el Departamento posee y ocupa con la estación y obras del Ferrocarril de Caldas. 2º Condénase igualmente al Departamento a pagar al mismo Orfelinato de San José los frutos naturales y civiles de tal faja, desde la contestación de la demanda, y no sólo los percibidos sino los que el demandante hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, a contar de la misma fecha, si dicha faja hubiera estado en su poder. 3º Absuélvese a dicho Departamento de los demás cargos formulados en la demanda; 4º La entidad demandada tendrá derecho a que se le pague el valor de las mejoras útiles que probare haber hecho en la faja a que se refiere este juicio, con anterioridad a la demanda, y a retener dicha faja hasta que se le pague o asegure a satisfacción, el valor correspondiente, y 5º Sin costas".

Al ser notificado de la sentencia, el doctor Manuel Valencia Arias, apoderado de la parte demandante, interpuso el recurso de apelación, y en tal virtud han subido los autos a esta superioridad.

En la segunda instancia se le ha dado al recurso la tramitación que le corresponde, y ya está para ser resuelto en el fondo, después de haberse recogido el concepto del señor Procurador General de la Nación, quien es de parecer que debe revocarse el fallo apelado y declarar absuelto al Departamento de Caldas de los cargos del libelo:

"La entidad demandada, al contestar el libelo, dijo, por medio de su representante ante el Tribunal, que aceptaba como verdadero el hecho tercero.

"Estimo, por tanto, que en el actual litigio debe tenerse por establecido tal hecho, del cual resulta no la celebración de una promesa de contrato, pues no se hizo constar por escrito, sino el acuerdo de un convenio especial innominado celebrado entre el Orfelinato y el Departamento, y en virtud del cual el propietario del lote (el Orfelinato) permitió al constructor (el Departamento) que adelantara la obra, con esta condición: "de que tan luégo como se terminara la estación y se supiera el área ocupada del predio, los desmoronos y perjuicios causados en él, se fijaría el precio y se le pagaría la indemnización correspondiente'.

"Ya se terminó la estación?

"Ya se sabe el área ocupada del predio, los desmoronos y perjuicios causados en él?

"El Tribunal dice en el fallo: 'No se ha demostrado que, terminada la estación del ferrocarril, y conocida el área ocupada por dicha estación de parte del predio demandante, se hubiera hecho algún avalúo o arreglo en virtud del cual se hubiera fijado a tal área dicho precio, ni tampoco que ése fuese el valor correspondiente a dicha área'.

"Si no se han cumplido aquellos requisitos, estimo que el único derecho que por el momento tiene el Orfelinato sería demandar al Departamento para determinar el área de su predio ocupada por la estación, así como los desmoronos y perjuicios causados en él, y pedir que se fijara en dicho juicio el precio del terreno y el valor de las indemnizaciones.

"No descubro que pueda ser otro el derecho del Orfelinato, teniendo en cuenta que en este juicio hay que estimar como establecido que entre el demandante y el demandado se celebró el convenio de que da cuenta el hecho tercero, aceptado por el Departamento".

El señor Procurador, aun cuando está de acuerdo en que es clara la obligación del Ferrocarril de pagar el valor de la zona de terreno, cree que no es llegado el momento de imponer su cumplimiento, por cuanto el Ferrocarril no está en mora de hacer el pago, porque no se sabe cuál es el área o extensión de dicha zona de terreno y porque no se sabe si ya está terminada la estación del ferrocarril en la ciudad de Manizales.

Se comprende que la parte demandada debió tener conocimiento de la extensión de la zona de terreno con una anticipación anterior a la demanda, ya que allí se dan medidas matemáticas de ella, tanto en metros como en varas cuadradas. Pero imaginando que no lo hubiera tenido, la oportunidad se le presentó durante el término probatorio cuando se practicó la diligencia de inspección ocular con ayuda de peritos, en que se identificó la dicha zona de terreno, y fue medida y avaluada después por los peritos que intervinieron en aquel acto; luego por este aspecto, y sin la menor observación de la parte demandada, se ha traído a los autos la demostración correspondiente.

Respecto a la afirmación de que no se ha demostrado que se encuentre terminada la estación del Ferrocarril en Manizales, debe observarse que la comprobación de ese hecho resulta de la exposición que dan los señores peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular.

En cuanto a que el Ferrocarril no está en mora de hacer el pago de la zona de terreno, el punto es obvio, si es que con ello se quiere significar que no hubo plazo determinado

para la dación del pago. Pero la oportunidad ha llegado, mediante este juicio, para que la justicia defina la obligación misma del pago, y también el término que tiene el demandado para dar cumplimiento a ese deber.

Lo dicho lleva a la Corte a separarse de las opiniones expresadas por el señor Procurador.

El actor demandó como petición principal el valor de la faja de terreno que dice ocupa el ferrocarril de Caldas, y como cosa subsidiaria la reivindicación de la dicha faja de terreno. Como se ha visto, el Tribunal desechó la petición principal y decretó la subsidiaria. En la petición principal se reclama el pago de la suma líquida de $ 15,000, más los intereses legales desde el año de 1924, como precio de la zona de terreno que motivó el pleito.

Esta petición primeramente hecha sobre el pago de los $ 15,000 no la estimó legal el Tribunal, por cuanto anotó que no se ha demostrado que se hubiera hecho avalúo o arreglo en virtud del cual se hubiese fijado a tal área de terreno dicho valor, y que tampoco era el correspondiente entonces a dicha área.

Evidentemente, del modo como vino al poder del Ferrocarril de Caldas la zona de terreno del Orfelinato, según el relato hecho por la parte actora, se ve que hubo un convenio amigable entre ambas partes para fijar con posterioridad el valor de la dicha zona de terreno; pero como ese convenio no llegó a precisar la suma líquida que se debía pagar por esa zona de tierra, no hay base para que la justicia pueda ahora, por ese solo concepto, condenar al Departamento al pago de la suma de $ 15,000 que cobra el demandante como valor de la zona.

Entre las disposiciones legales citadas como razón de derecho en la demanda, se encuentra el artículo 739 del Código Civil, al rededor del cual han hecho detenidas exposiciones los representantes de las partes, singularmente en lo que respecta al inciso primero de la disposición anotada, que dice que el dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o de mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarles los perjuicios.

Los hechos que han originado el pleito son bien conocidos si se toma como base el relato que hace la parte actora respecto de la manera como el Ferrocarril de Caldas se hizo a la posesión del lote de terreno de la Casa de Huérfanos, y la contestación de la demanda por el señor Fiscal del Tribunal de Manizales, en que hace aceptación expresa del punto tercero de ella, del cual resulta que el ferrocarril tomó el predio sobre la base de que con posterioridad a la ocupación se le pagaría el precio.

De manera que si se le diera valor jurídico al convenio de que se habla en la demanda, este pleito tendría una solución sencilla, porque todo se reduciría a determinar el precio o valor del terreno que le corresponde pagar al Ferrocarril de Caldas.

Pero considera la Corte que la aceptación que se le ha dado por parte del representante de la Nación al hecho tercero de la demanda, envuelve el reconocimiento de una confesión en cuanto a la obligación que tomó sobre sí el ferrocarril de pagar el precio del lote, y es bien sabido que existe disposición expresa de la ley que impide a los representantes de la cosa pública hacer confesiones que perjudiquen a las entidades que representan, o lo que es lo mismo, la ley no reconoce efecto jurídico a las manifestaciones hechas por los representantes oficiales cuando de ellas se originan perjuicios a sus representados.

Y como en el presente caso la aceptación del convenio mediante el cual se tomó el predio de la Casa de Huérfanos impone al Ferrocarril el deber de pagar el valor del terreno, la justicia no debe deducirle consecuencias jurídicas al arreglo que hicieron las partes en relación con el lote, ya que la prueba del convenio resulta de confesión del agente del Ministerio Público.

De manera que el convenio de que se ha hablado debe reputarse como no existente para los fines de este pleito.

Ahora, descartado el convenio, debe estudiarse si existe la obligación que con el carácter de principal se ha demandado en el libelo.

La prescindencia de la convención que hicieran las partes impone una deducción lógica: no se sabe cómo obtuvo el Ferrocarril de Caldas el lote de terreno perteneciente a la Casa de Huérfanos, y apenas consta que lo tiene en su poder y que lo ha adaptado a sus necesidades, según se puso de presente en la diligencia de inspección ocular.

Cabe preguntar: hubo conocimiento por parte del dueño del terreno? En ninguna parte aparece la prueba de ese hecho, que es esencial para apreciar la situación jurí-

dica del caso contemplado, de conformidad con lo previsto en el artículo 739 del Código Civil.

A simple vista parece que el Ferrocarril de Caldas ocupó el lote de terreno a ciencia y paciencia y con la voluntad de la Casa de Huérfanos; pero esa demostración es aparente y no real, porque dicho está que no se le puede dar valor legal al reconocimiento que ha hecho el representante de la Nación acerca del modo como obtuvo el lote de terreno. No hay prueba de que la Casa de Huérfanos hubiera tenido conocimiento de la toma del predio que hizo el demandado, ya que no hay hecho distinto de la convención mencionada que haga ostensible en los autos la comprobación de que se trata. Y sentado ya que el proceso no da la prueba del conocimiento, consecuencialmente debe deducirse que el Ferrocarril de Caldas ha tomado el predio sin la voluntad de su dueño; conclusión que está, además, conforme con la aseveración que hace el Orfelinato de que él dio el predio sobre la base de que se le pagaría después el precio, lo que deja comprender que la Casa de Huérfanos no hubiera sido gustosa de entregar el lote si no se le hubiese prometido que se le pagaría su valor. No se construyó, por tanto, a ciencia y paciencia del dueño del terreno.

Dedúcese de lo dicho que el caso del proceso encaja dentro de la segunda hipótesis contemplada en el primer inciso del artículo 739 del Código Civil, y por lo mismo la obligación en que está el Departamento de Caldas de pagar el valor del predio perteneciente a la Casa de Huérfanos, es lógica consecuencia del mandato contenido en tal disposición.

Es oportuno agregar, en apoyo de la conclusión a que llega la Corte sobre el pago del valor del lote, que la restitución del predio decretada por el Tribunal de Manizales, está en oposición con principios de derecho generalmente reconocidos y aplicados por la doctrina y la jurisprudencia. La justicia no puede, cerrando los ojos a la realidad, destinar la devolución de un bien destinado y apropiado ya para objetos de servicio público. Debe en cambio decretar, en tales casos, el pago de su valor o la indemnización correspondiente. Son muy claros y acertados, en concepto de la Corte, las nociones y postulados que en seguida se reproducen, del profesor Gastón Jéze, en su obra "Cours de Droit Public", edición de 1930:

"Los contratos celebrados por la Administración se dividen en dos grandes categorías: 1ª—Los contratos hechos con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público, y sometidos a reglas especiales (régimen jurídico de Derecho Público). Ejemplos: licitación de trabajos públicos, contrato de concesión de servicio público, etc. Estos son los **contratos administrativos propiamente dichos.** 2ª—Los contratos de derecho civil celebrados por la Administración con el objeto de asegurar el funcionamiento de un servicio público, pero regulados por el **derecho privado.** Ejemplos: ciertos contratos de arrendamiento de cosas, de arrendamiento de servicios, de compraventa, etc."

"... IX.—El objeto del presente estudio es el de buscar las reglas aplicables: 1º—A la celebración de contratos hechos por la Administración. 2º—A la ejecución de esos contratos. 3º A la terminación de los mismos. Esas reglas son siempre tomadas del derecho privado: a veces se trasladan pura y simplemente de él, y a veces, lo más frecuente, son más o menos modificadas.

"X.—Las modificaciones tienen siempre una misma razón de ser, y como regla segura, la de facilitar el **funcionamiento del servicio público.**

"Esta idea matriz es la que domina todo el derecho público francés moderno. En derecho público francés, las reglas sobre los contratos se inspiran en las ideas generales que justifican tales reglas en derecho privado; pero se combinan esas ideas con las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos". (Páginas 6 y 7).

"El contratante no puede enfrentar a la administración su interés particular. Este no es suficiente para entrabar el funcionamiento regular del servicio público. El contratante no tiene el derecho de exigir una prestación en condiciones que no correspondan a las necesidades del servicio público.

"Pero hay una circunstancia esencial: **el interés privado del contratante no será sacrificado.** El derecho de la administración de hacer primar el interés general sobre el interés particular es incontestable. El interés privado del contratante es legítimo; si fuese sacrificado pura y simplemente, sufriría el contratante, sin indemnización, una expropiación de su derecho por causa de utilidad pública.

"La solución correcta del problema consiste, pues, por una parte, en reconocer a la administración el poder de modificar el alcance de las obligaciones del contrato, y aún de ponerle *fin* en cualquier momento; y de otra, en reconocerle al contratante una indemnización pecuniaria por el perjuicio sufrido". (Gastón Jéze, obra citada, página 222).

Queda por saber cuál es el valor de la zona de terreno. Los peritos avaluadores ha-

cen dos estimaciones: la una respecto del valor que tuvo la cosa en el año de 1924, época en que el Ferrocarril tomó el predio, y la otra respecto del valor que actualmente tiene la zona. Para la primera época dan un avalúo de $ 25,231.50, y para la segunda, el de $ 12,615.75. Como se ve, es muy apreciable la diferencia entre los dos avalúos, y en fuerza de lo que expresamente ordena el artículo 739, la condenación al pago del precio debería referirse a la suma correspondiente a la primera apreciación. Pero como sucede que la parte actora apenas demandó la suma de $ 15,000 como valor del predio, la justicia no puede darle más de lo que pide, y consecuencialmente la condenación debe limitarse a la suma demandada, que es inferior, y a los intereses también demandados, a que tiene derecho el actor, de conformidad con el texto mencionado, pero tan sólo desde el día de la inspección ocular, o sea, el 26 de octubre de 1933, ya que por las mismas razones expuestas antes, la única prueba directa que aparece en los autos sobre la ocupación del lote, es la que suministra la inspección ocular.

En virtud de lo expuesto, y en desacuerdo con el concepto del señor Procurador General 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, revoca la sentencia apelada y en su lugar falla:

Condénase al Departamento de Caldas, como propietario del Ferrocarril de Caldas, a pagar, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, a la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José, de Manizales, la cantidad de quince mil pesos ($ 15,000) y los intereses legales de esta suma a contar del día veintitrés (23) de octubre de mil novecientos treinta y tres, hasta el día en que se verifique el pago.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

INDICE

Pág.

Editorial.—Supremacía de la Constitución. Francisco de P. Pérez 1

Colaboración Jurídica.—Sociedades. Miguel Moreno Jaramillo 7

SALA PLENA

Documentos relativos a la visita del Excelentísimo señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur.

Nota del señor Ministro de Gobierno 11

Nota del Presidente de la Corte al señor Ministro de Gobierno, en la cual se expresa la determinación de la Corte Suprema acerca de la persona que debe encargarse del Poder Ejecutivo durante la visita del Excelentísimo señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur 11

Ejercicio del Poder.—Informe del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo 13

Informe del Magistrado doctor Pedro A. Gómez Naranjo 17

Nota del señor Ministro de Relaciones Exteriores 20

Nota del señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia 20

Informe de los Magistrados doctores Antonio Rocha y Eduardo Zuleta Angel 21

SALA DE CASACION CIVIL

Aguas.—Demanda sobre uso de unas aguas y sobre devolución del sobrante. Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio ordinario de Mercedes Saldarriaga de Botero contra la Fábrica de Tejidos Rosellón y el Municipio de Envigado, sobre uso de unas aguas y devolución del sobrante. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 22

Resolución de una aclaración pedida por el abogado Dr. Gacharná, a un paso de la sentencia de 26 de marzo de 1936, en el juicio de Mercedes Saldarriaga de Botero contra la Fábrica de Rosellón 35

Venta de cosa ajena durante la sociedad conyugal disuelta.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán, proferida en el juicio ordinario de reivindicación de César Vargas contra Roberto Sánchez. Magistrado ponente, doctor Miguel Moreno Jaramillo 37

Pág.

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica y Eduardo Zuleta Angel a la sentencia de 20 de mayo de 1936, referente a la parte motiva de la sentencia dictada en el juicio reivindicatorio de César Vargas contra Roberto Sánchez 43

Efectos de la disolución conyugal ante terceros de buena fe exentos de culpa, en cuanto a las ventas de inmuebles hechas por el marido.—Se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio reivindicatorio de Aquilina Triviño viuda de Potes, Hernando Caicedo y Ernesto González Piedrahita contra Apolinar Guzmán. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 44

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Antonio Rocha y Miguel Moreno Jaramillo a la sentencia de 20 de mayo de 1936, dictada en el juicio ordinario de Aquilina Triviño viuda de Potes, Hernando Caicedo y Ernesto González Piedrahita contra Apolinar Guzmán 59

Demanda sobre nulidad de un remate y otros puntos.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, dictada en el juicio ordinario iniciado por Anacleto Mejía, en representación de su esposa Liberata Escobar, contra Pedro Nolasco Escobar. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 61

Responsabilidad de las Compañías de Seguros. Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Elsa Brachrt viuda de Barth contra The Manufactures Life Insurance Co, sobre el pago del valor de una póliza de seguros. Magistrado ponente. Dr. Liborio Escallón 65

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Homicidio voluntario.—Causales 1ª, 3ª, 5ª, y 6ª, artículo 3º, ley 118 de 1931.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Buga en la causa contra Jorge Luis López, por homicidio. Magistrado ponente, doctor Pedro Alejo Rodríguez 77

Se pretende que la sentencia condenatoria ha debido fundarse en un primer veredicto declarado notoriamente injusto. Nulidad

INDICE

Pág.

por impedimento de los jurados. No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en la causa contra José María González, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 82

Juicio de responsabilidad.—Se revoca el sobreseimiento consultado por el Tribunal Superior de Tunja y se abre causa criminal, por los trámites extraordinarios, contra Antonio Reyes Castillo, como Secretario de dicho Tribunal, por uno de los delitos contemplados en el Capítulo 5º, Título 10º, Libro 2º del Código Penal. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 85

Homicidio.—**Injusticia notoria del veredicto del Jurado. Homicidio voluntario "menos grave".**—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil dictada en la causa contra Moisés Vega por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 89

Pág.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Demanda sobre pago del valor de una zona de terreno, y en subsidio, reivindicación. Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el juicio seguido por la Casa de Huérfanos u Orfelinato de San José, contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cordoso Guitán 91



GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIII Bogotá, Julio de 1936 NUMEROS 1905 y 1906

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". (Siete partidas.—Ley XIII).

"Summa ítaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite". (Prooemium Institutionum D. Justiniani).

DERECHOS DE LOS HIJOS NATURALES

LUIS F. LATORRE U.

Ley 45 de 1936

IMPORTANCIA DE LA REFORMA

Antes de hacer constar aquí mi impresión personal sobre el nuevo estatuto, quiero advertir que no se trata de una ley hecha con criterio y empeño sectarios. Fue, sin duda, de iniciativa liberal, pero acogida y apoyada por ilustres mentalidades conservadoras como los Magistrados Zuleta Angel y Moreno Jaramillo, incapaces de prohijar una innovación, verdaderamente revolucionaria, si no tuviera el respaldo de la más acendrada justicia y de las más sanas nociones morales.

Y es que el nuevo rumbo dado a la nave de nuestras instituciones civiles: régimen patrimonial en el matrimonio (ley 28 de 1932), derechos de los hijos naturales, etc., no es resultante del ambiente izquierdista de la post-guerra, sino producto de una ideología mayor de edad, humanitaria, juiciosa, ordenada y sólida que ha sentado sus reales entre los pueblos cultos desde principios y mediados del siglo XIX, y en muchos países por lo menos con anterioridad a 1914.

Así, la investigación de la paternidad y muchos de los derechos que hoy le hemos otorgado a los hijos naturales, ya estaban consagrados en Inglaterra desde 1835, en Finlandia desde 1878, en Canadá desde 1866, en Suecia desde 1734, en Noruega y Dinamarca desde 1867, en todos los Estados de la Unión Americana y en Prusia, Escocia, Austria, Francia, Suiza, etc., desde años antes de la guerra europea. Y lo que es curioso, entre nosotros (en gran parte) desde la expedición del Código Civil hasta 1887, época de la reacción, ésa sí sectaria, que derogó los arts. 318 a 334 del código.

Llegó a tal extremo la sordidez de la ley reaccionaria (153 de aquel año) que sustituyó el art. 330 del código por el 73 de la misma, para suprimir el inciso 2º, que imponía al raptor la obligación de suministrar a la mujer raptada, engañada, "los alimentos que competan a su rango social". Es decir, que para el legislador de aquella época era intolerable que no se condenara al hambre, a la miseria y quizá a la prostitución a la víctima del rapto y de la seducción.

En este sentido yo me atrevo a propugnar desde ahora por introducir a nuestras leyes una enmienda encaminada a consagrar las disposiciones del código prusiano (arts. 1035, 1037 y siguientes), que reconocen a la mujer seducida con promesa de matrimonio el nombre, el rango y la posición del seductor y, en general, todos los derechos de una mujer divorciada sin su culpa.

Se ha dicho que el enaltecimiento de los hijos ilegítimos desquiciará la familia. Eso lo dijeron también los impugnadores de la ley 28 de 1932 sobre régimen patrimonial en el matrimonio. Va para cuatro años la vigencia de la ley, y la familia colombiana está en pie. Lo que va a ocurrir con la ley 45 (como lo demuestra la experiencia y la estadística en otros países), es que habrá menos procreación ilegítima y más matrimonios, porque a los hombres nada les importaba antes echar hijos naturales al mundo, toda vez que eso no les acarreaba ninguna responsabilidad; su culpa y su indolencia quedaban impunes. Hoy, cuando saben que un hijo natural les cuesta tanto como uno legítimo, preferirán casarse.

Además, como lo anota Charmont, Profesor de la Universidad de París, en su obra "Las transformaciones del Derecho Civil", "... se ha creído favorecer el matrimonio colocando en una situación inferior a los hijos nacidos de una unión libre: pero como estos hijos no han incurrido en ninguna falta, la injusticia de esta solución es evidente" (pág. 163).

El mismo autor (pág. 170), agrega:

"Prohibir la investigación de la paternidad es fomentar la seducción, autorizar por la impunidad la conducta reprobable del hombre, provocar el infanticidio o el abandono del niño, echar sobre la mujer, a menudo la menos culpable y en todo caso la más débil, las consecuencias de una falta común. La abolición de este principio ha sido reclamada no solamente por reformadores intransigentes, sino por hombres moderados de todos los partidos, por juristas como Valette, Bendant, y por un economista y un historiador cristianos como Le Play y Paul Viollet".

Trae Charmont el dato estadístico de que en un año los nacimientos legítimos se elevaron en Francia en 754,176 y los ilegítimos a 73,121, es decir: menos del 10 por ciento de hijos fuéra de matrimonio, al paso que en Colombia, país en que ha estado cerrada la puerta de la investigación y de la responsabilidad, la proporción de hijos ilegítimos ha pasado del 40 por ciento y en algunos departamentos llega a más del 50.

Fácilmente podrá observarse que no he aducido ni doctrinas ni instituciones, como la rusa, abiertamente izquierdistas; para que no se diga que nos hemos contaminado de revolucionarismo agudo y extremista. El espíritu de la ley 45 es apenas reflejo de la más moderada tendencia reformadora, alentada por la justicia, la equidad y las ideas más humanitarias.

El nuevo estatuto fue impuesto por el atraso ya intolerable de nuestro viejo código, en esta materia.

Nadie podría contradecir hoy el concepto expresado por mí en la Cámara de Representantes, de que nuestra legislación civil contenía en esta materia disposiciones verdaderamente infames y, valga la expresión: canallas. Cómo se concibe una regla como la del art. 71, ley 153 de 1887, que refiriéndose al que ha confesado ser padre natural le impone la obligación de dar alimentos al hijo "pero sólo en cuanto fueren necesarios para su precisa subsistencia? Es decir, que casi se les prohibe darle una segunda camisa o algo más que la ración de hambre de un mal desayuno. Y qué decir de la calificación de hijos adulterinos, incestuosos, de dañado y punible ayuntamiento, indignos de toda consideración, hasta de las que se prodigan a los animales de carga, al par que son legítimos los hijos del incesto o del adulterio cuando los padres delincuentes se casan, cometiendo así otro delito; pues a tal cosa equivale la aplicación práctica del art. 149 del C. C.?

PRIMERA BASE FUNDAMENTAL: ABOLICION DEL CALIFICATIVO DE HIJOS ADULTERINOS E INCESTUOSOS. (Art. 1º)

Con el art. 1º de la nueva ley que, además, deroga el 52 del código, acabamos con esa distinción injustificable de hijos naturales e hijos de dañado y punible ayuntamiento: incestuosos y adulterinos; distinción que marcaba como un herrete infamante precisamente al sér inocente.

A este respecto dice el famoso expositor Cosentini:

"... Otra iniquidad contra la cual se sublevan las tendencias reformadoras de la legislación moderna, es aquella que sobre las huellas del derecho romano sancionan tanto el Código de Napoleón (art. 335) como sus imitadores y el código italiano (art. 180): es la prohibición no solamente al hijo de investigar a uno u a otro de sus padres, sino a los mismos padres de reconocer a sus hijos, aun cuando fuesen llevados por el deseo de enmendar la falta cometida, asumiendo voluntariamente la responsabilidad de sus efectos. Esta es la condición impuesta a los hijos adulterinos e incestuosos.

Este injusto tratamiento jurídico, aunque se explica fácilmente por el hecho de que el legislador ha manifestado su severa reprobación al adulterio y al incesto como flagrantes ofensas a la moralidad pública y al orden de las familias, trae consecuencias in-

humanas, injustas, porque hace recaer las faltas de los padres, que son la causa consciente del crimen, sobre la cabeza de los hijos, víctimas inocentes, a los que se niegan los alimentos.

El código austriaco, el código alemán, la legislación inglesa y las legislaciones formadas sobre estos tipos, no establecen ninguna distinción entre los hijos adulterinos e incestuosos y los demás hijos ilegítimos; tratan a todos de la misma manera..."

El mismo jurista, que fue traído a Cuba y a Méjico a difundir su ciencia entre las juventudes universitarias de esos dos países, tuvo oportunidad de estudiar todas las legislaciones latino-americanas; y sin apartarse del espíritu general de ellas ni mucho menos violentarlas, elaboró un excelente Proyecto de Código Civil Pan-Americano", calificado por el eminente jurista cubano Sánchez de Bustamante de "obra magistral", cuyo primer título sobre "derechos personales-derechos de familia", contiene una reglamentación avanzadísima sobre filiación natural, en que se prescinde de los calificativos de hijos adulterinos, incestuosos, etc., se consagra la investigación de la paternidad, se instituye la patria potestad a favor de los hijos naturales, etc.

Afamados tratadistas, como Laurent en Bélgica, Cimbalí y Duci en Italia, abogan también por la abolición de la diferencia de tratamiento de los hijos habidos fuéra de matrimonio.

Duci observa que: "... esta repugnancia moral que hasta ahora ha llevado a los legisladores a un tratamiento desfavorable para los frutos del incesto y del adulterio, debe cesar de constituír un principio de ley positiva desde el momento en que, sin ninguna ventaja para la sociedad, se resuelve en perjuicio del que no ha cometido ninguna falta..."

"... Por otra parte, no se puede alegar, añade Duci, el peligro de graves perturbaciones en el orden familiar; los casos de filiación incestuosa son, en efecto, muy raros, y en lo que concierne a los hijos adulterinos, se tendrá la alternativa: sea de una madre esposa, y entonces si ésta no está legalmente separada del marido, el hijo no podrá considerarse como adulterino sino cuando el marido le desconoce como suyo formalmente; sea de una madre libre, y entonces la investigación del padre no podrá hacerse sino en los casos en que se pueda establecer uno de esos hechos que bastan a hacer probable y verosímil el informe de paternidad y que garantizan el carácter concluyente de la prueba..."

Travers dice que: ... "no se debe hacer recaer sobre los hijos la falta de los padres, a quienes el sistema actual libra de toda consecuencia onerosa de su falta y arrastra así al camino de las malas costumbres, mientras que el hijo, completamente separado de sus padres, tiene en la sociedad una posición de las más desfavorables. Una situación así es contraria al orden público y a la moral y, por lo tanto, inadmisible..."

Con la reforma a que me acabo de referir: abrogación de las diferencias entre hijos naturales y de dañado punible ayuntamiento, tenemos una de las cuatro piedras angulares de la nueva estructura jurídica. Las otras tres son: la investigación o, mejor dicho, la comprobación de la paternidad, la representación del hijo natural y su derecho herencial.

DEMOSTRACION DE LA PATERNIDAD—RECONOCIMIENTO (Art. 2º)

En cuanto al establecimiento o demostración de la paternidad, en primer término tenemos en el art. 2º de la ley el reconocimiento; institución que, en principio, existía en el código, pero limitada en cuanto al medio o forma al instrumento público entre vivos y al acto testamentario; y, en cuanto al alcance, excluyendo a los hijos del llamado punible y dañado ayuntamiento (arts. 54 y 56, ley 153 de 1887).

NUEVAS FORMAS DE RECONOCIMIENTO

La nueva ley da valor al reconocimiento hecho en el acta de nacimiento o mediante manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, consagrando, además, para todos los casos, inclusive el de testamento, la irrevocabilidad de la declaración por la cual se reconoce al hijo.

HIJOS NATURALES DE MUJER CASADA (Art. 3º)

Como, en lo general, del reconocimiento no quedan excluídos los hijos naturales nacidos de adulterio, para evitar nocivas complicaciones familiares, había que establecer lo dispuesto por el art. 3º, que dice:

"Art. 3º—El hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no es hijo suyo.

Prohíbese pedir la declaración judicial de maternidad natural, cuando se atribuye a una mujer casada, salvo en el caso final del inciso anterior".

Como se ve, si la impugnación de la legitimidad de un hijo, que es acción exclusiva del marido (y que el código le otorga), llega a prosperar, es esa acción y no la nueva ley, lo que viene a poner a descubierto el adulterio de la mujer. Así las cosas, ya se sabe que esa mujer tuvo un hijo de un hombre diferente de su marido. Hasta aquí no hay novedad en relación con lo dispuesto por el código. La nueva ley, al ocurrir ese caso, quiere que ese hijo no quede sin padre y permite demostrar quién es. Eso es todo, y eso no agrava el trastorno familiar que ocasionaron el adulterio de la mujer y el ejercicio de la acción de impugnación por el marido, hechos realizables bajo el imperio del código.

Y no se trata de una innovación empírica y exclusiva de nuestra ley. El art. 316 del Código Suizo establece también que cuando la madre estaba casada en la época de la concepción, no se puede intentar una acción de paternidad sino después de haber sido declarada por el juez la filiación ilegítima.

SEGUNDA BASE. ACCION PARA INVESTIGAR LA PATERNIDAD (Art. 4º)

En seguida viene, en el art. 4º de la ley, la normación establecida para averiguar o demostrar, fuéra del reconocimiento de que trata el art. 2º, la paternidad natural.

El proyecto primitivo dejaba abierta ampliamente la puerta de la investigación para acreditar aquel hecho con todos los medios adecuados de la tarifa general de pruebas, y cualesquiera que fueran las circunstancias. En las dilatadas conferencias que tuvimos con la Corte Suprema de Justicia (cuya actuación en este asunto, hay que reconocerlo como lo hice constar expresamente en el acta de la última sesión, fue excelente, muy bien inspirada y eficaz), se llegó a la conclusión de que por el momento esa amplitud absoluta en la probanza era peligrosa, y se contrajo tanto la acción como la prueba a los cinco casos contemplados en el artículo 4º a que me refiero.

En este punto quiso la Corte que nuestra ley siguiera el derrotero trazado por la francesa de 1912, con la ventaja innegable de aprovechar en la interpretación y aplicación del nuevo estatuto, el valioso acervo de la jurisprudencia derivada de aquélla.

Ese parecer de la Corte fue acogido, pero es evidente que nuestra ley, por muchos aspectos, ha quedado mejor, más avanzada, más liberal que la francesa.

El primer caso en que el art. 4º autoriza la declaración judicial de paternidad: rapto o violación, cuando el tiempo del hecho coincide con el de la concepción, es tan claro y de justicia tan evidente, que puede decirse que lo traen los códigos de todos los países cultos. Y no debe olvidarse, para nuestro caso, que conforme al inciso 2º, art. 73, ley 153 de 1887, disposición que quedó vigente, "el hecho de seducir a una menor, haciéndola dejar la casa de la persona a cuyo cuidado está, es rapto, aunque no se emplee la fuerza".

El caso 2º del art. 4º: seducción en las circunstancias allí previstas, se encuentra también, entre otras legislaciones, en la de Bélgica (ley de 1908), Francia (ley de 1912) y Suiza (art. 323 del código).

El caso 3º: existencia de carta u otro escrito del pretendido padre, que contenga una confesión de paternidad, se halla en los códigos de Brasil, Costa Rica, Honduras, Panamá, Francia, España, Bélgica, Alemania y Suiza.

El caso 4º: relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre, en las condiciones allí contempladas, aparece en los códigos de Brasil, Francia, España, Alemania y Suiza.

Y el caso 5º: posesión notoria del estado civil de hijo natural, se halla en las legislaciones de Costa Rica, Honduras, Uruguay, Francia, Bélgica, España y Portugal.

Así, pues, los relacionados medios de comprobación de la paternidad natural, no constituyen una innovación empírica ideada sin meditación ni antecedentes; tienen el respaldo de legislaciones la más civilizadas, con una experimentación centenaria en muchas partes, sin que en ninguna se hayan registrado los trastornos sociales o familiares que entre nosotros han pronosticado ciertos opositores timoratos.

Una de las más eficaces, valiosas y sólidas pruebas de la paternidad tiene que ser, y lo es ya con la ley 45, la de posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Anteriormente, con respecto al padre no había manera de hacer valer ese hecho; en cuanto a la madre, nada decía explícitamente la ley, pero desde 1919, en providencia de 18 de agosto de ese año, dictada por mí en el Tribunal Superior de Bogotá, se sentó la siguiente doctrina:

"... El Código Civil, al instituír la prueba de posesión notoria del estado civil, no contempla sino el de matrimonio y el de hijos legítimos. Se ve que deliberadamente excluyó el de padres e hijos naturales, porque anteriormente, conforme al artículo 318, la calidad de hijo natural no se adquiría sino mediante reconocimiento expreso del padre o madre, según el caso, con las formalidades legales. Pero vino la ley 95 de 1890, cuyo artículo 7º estableció la presunción de reconocimiento por parte de la madre, con el solo hecho del nacimiento. Así las cosas, con la prueba del último queda acreditada la calidad de hijo natural respecto de la madre. Y como el comprobante principal del nacimiento se puede suplir (segunda parte del inciso 1º, artículo 22, ley 57 de 1887), y una de las pruebas supletorias es la de posesión, ésta puede servir para comprobar aquel estado respecto de la madre..." ... ...Es tan importante y adecuada la prueba de la posesión notoria, que algunos autores la consideran superior, en mérito probatorio, al reconocimiento. Así, Charmont declara:

"La posesión de estado es en realidad una confesión muy superior al título. Cuando una persona ha tratado públicamente como suyo a un niño, atendido a su sostenimiento, vigilado su educación, ¿no lo ha reconocido tan bien o mejor que por una declaración hecha en presencia de un notario o de un oficial del estado civil? Esta es una prueba que se continúa, que está exenta de irreflexión. El título, al contrario, es la obra de un instante, de una confesión que puede haber sido obtenida por sorpresa; no prueba la identidad del hijo, en tanto que la posesión de estado la prueba necesariamente".

TERCERA BASE. REPRESENTACION DEL HIJO NATURAL. (Art. 14).

La tercera piedra angular de la ley 45 es la representación del hijo natural, extendiendo a su favor la institución de la patria potestad en cabeza de la madre, en los términos del art. 14.

El desamparo integral a que la ley condenaba a los hijos ilegítimos, con un criterio parecido al de la más ruin venganza, iba hasta el extremo de dejarlos sin un representante que se preocupara por ellos, que los asistiera durante su minoría de edad; de manera que hasta por ese aspecto eran relegados a la condición de parias, menos dignos de consideración que los delincuentes, a quienes se les provee de defensor.

El proyecto primitivo daba la patria potestad al primero de los padres que tuviera la calidad jurídica de tal, pero en los debates en la Corte Suprema surgió la modificación de que se otorgara en primer término a la madre; enmienda que yo apoyé porque es evidente que la vida común entre la madre y el hijo alimenta y acendra desde el principio el afecto de la primera al segundo, al paso que el distanciamiento del padre va creando la indiferencia por parte de éste, lo que hace pensar que la madre sabrá ejercer mejor esa potestad, al tiempo que estando en manos de ella hay quien haga cumplir al padre las obligaciones que le impone la ley.

A este propósito observa Charmont:

"Se ha sostenido que es el caso preferir a la madre. Frente a ella la filiación es cierta; sus cuidados son los más útiles al niño; los casos de abandono son más raros; el padre no tiene la misma conciencia de sus deberes".

"Para el hijo natural, la preponderancia del padre no se justifica; ella es una consecuencia de la autoridad marital. Ahora bien, aquí no hay matrimonio; el hogar es inestable; el padre puede, cuando le plazca, rechazar a la madre y separarla del hijo".

CUARTA BASE. DERECHO HERENCIAL DE LOS HIJOS NATURALES (Art. 18).

La cuarta base fundamental de la ley consiste en el derecho herencial de los hijos naturales, aun en presencia de legítimos.

En esta materia el nuevo estatuto civil mejora bastante la situación de aquéllos.

En primer término viene el art. 18, que dice:

"... Los hijos legítimos excluyen a todos los otros herederos, excepto a los hijos naturales, cuando el finado haya dejado hijos legítimos y naturales. Cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, y sin perjuicio de la porción conyugal..."

Sin olvidar que el art. 28 establece una restricción transitoria, a la cual me referiré más adelante, conviene destacar la innovación de gran trascendencia consistente en reconocerles derecho de herencia a los hijos naturales aun en concurrencia con legítimos. La justicia de esta disposición es tan evidente, que no hay para qué encarecerla. Es absurdo, es inhumano, aberrante y contrario a la misma naturaleza, que de dos hijos del mismo padre, el uno goce de todas las comodidades y cuidados desde su nacimien-

to y al morir su progenitor recoja íntegramente su fortuna, y el otro, sér inocente que no pidió la vida, que no tiene culpa de ninguna clase, crezca en la miseria y el abandono y carezca hasta de la expectativa de recibir algún día un centavo del patrimonio paterno; que al primero se le den todas las oportunidades de hacer una brillante carrera, que asegure su porvenir, y el otro haya de ser casi siempre, limosnero, presidiario, o cuando mucho peón, si la va muy bien.

El caso de hijos naturales que llegan a coronar una cima y a ser elementos valiosos de la sociedad, no alcanza, por su excepcionalidad, a cubrir el cuadro trágico de las legiones de expósitos que colman los hospicios, de parásitos, desocupados y viciosos que llenan calles, tabernas, garitos y lupanares, y de delincuentes las cárceles y casas de corrección. Y aunque entre ellos hay muchos procedentes del sacramento del matrimonio, el desamparo de la descendencia ilegítima es un factor de gran peso e influencia en aquellos males. Con razón el Departamento Nacional de Higiene, en los números 1 a 4 de su "Revista de Higiene", correspondientes a los meses de enero a abril de 1935, apoyándose en observaciones prácticas y en estadísticas irrefragables, dice: "Se observa que casi siempre la vagancia, la mendicidad y la delincuencia, se originan directamente por el abandono moral y material en que se encuentran los niños ilegítimos".

A curar ese cáncer social se encaminan no solamente los artículos 18 y siguientes de la ley 45, referentes al derecho herencial, sino todo ese estatuto, más acorde con la moral cristiana, que toda la legislación conservadora que mantuvo entronizada la injusticia durante casi medio siglo.

Ante la equidad completa y pura, el hijo natural debía llevar igual cuota hereditaria que el legítimo, porque ambos fueron procreados por el mismo padre y tienen las mismas necesidades y el mismo derecho a la vida y ninguno de los dos participó en la procreación ni fue autor de su origen legítimo ni ilegítimo. Esa cuota igual está reconocida en varias legislaciones, pero nosotros, en gracia de la prosperidad del proyecto y de la aceptación general de la ley, lo que facilitará su aplicación y evitará reacciones, tuvimos que transigir con ciertos conceptos tradicionales y atemperar la reforma amoldándola al criterio de la mayoría de las legislaciones, que señalan para el hijo natural una cuota inferior a la del legítimo.

COMPUTO DE LA CUOTA

Aunque el art. 18 es claro al decir que cada uno de los hijos naturales lleva como cuota hereditaria, en concurrencia con los hijos legítimos, la mitad de la correspondiente a uno de éstos, no sobra explicar en concreto la regla, porque en la misma Cámara de Representantes trató de suscitarse en el debate una pequeña confusión con la legítima, rigurosa y la efectiva.

Llevar la mitad de la cuota de un hijo legítimo, quiere decir, a la inversa, que a éste no le puede corresponder más del doble de lo que ha de recoger el natural; o sea, que para hacer más fácilmente el cómputo debe estimarse que cada hijo legítimo concurre como dos naturales. Así, suponiendo que se trate de 4 hijos legítimos y 1 natural, para repartirse un activo herencial líquido de $ 18,000, se hace cuenta que se trata de 9 hijos naturales (dos por cada legítimo), y se tiene: $ 18,000 ÷ 9 = $ 2,000. Esta suma de $ 2,000 será la cuota del hijo natural, y para cada legítimo el doble, o sea, $ 4,000, cantidad que multiplicada por 4 da $ 16,000, que con los $ 2,000 del hijo natural da la suma de $ 18,000.

Imaginando que haya 6 hijos naturales y 3 legítimos para repartir la herencia de $ 18,000 se cuenta como si se tratara de 12 naturales, y se tiene: $ 18,000 ÷ 12 = $ 1,500. Esta última suma será la cuota de cada uno de los 6 hijos naturales, quienes llevarán en total $ 9,000; y a cada uno de los legítimos corresponderán $ 3,000, o sea, un total de $ 9,000 entre los tres.

Los arts. 19 y siguientes de la ley mejoran en alto grado la situación de los hijos naturales, en concurrencia con los demás parientes del causante, pero en relación con hijos legítimos, el art. 28 declara:

ARTICULO 28

"Art. 28.—La presente ley, en cuanto se refiere a los derechos herenciales de los hijos naturales, en concurrencia con hijos legítimos de matrimonios anteriores a la vigencia de aquélla, sólo tendrá efecto en favor de los concebidos con posterioridad a la fecha en que empiece a regir..."

El artículo no ofrece dificultad alguna, y fue el resultado transaccional entre dos puntos de vista extremos de la Cámara y del Senado.

La Cámara quería que todos los hijos naturales, tanto los existentes al tiempo de

entrar a regir la ley, como los concebidos posteriormente, llevaran la cuota hereditaria señalada en el art. 18, aunque coucurrieran hijos legítimos, y éstos fueran de matrimonio anterior a la ley.

El Senado aceptaba la concurrencia con hijos legítimos, perto tratándose únicamente de naturales concibidos después de la vigencia de la ley. En estas condiciones, si un hombre soltero tenía hijos naturales cuando viniera la ley, esos hijos tenían la expectativa de heredar a su padre, pero si éste se llegaba a casar y procreaba un hijo dentro del matrimonio, los naturales quedaban totalmente excluídos.

Como es fácil ver, aunque la fórmula de la Cámara tenía un gran fondo de justicia en favor de los hijos naturales anteriores, que por haber sido concebidos la víspera de salir la ley no debían quedar privados de todo derecho, y la fórmula del Senado no quería que hijos de uniones extralegales anteriores vinieran a menoscabar a hijos del matrimonio, ambas fórmulas, especialmente la del Senado, eran defectuosas, o, por lo menos, de graves y a veces injustas consecuencias.

La fórmula transaccional que llegó a consagrarse en el art. 28 tiene menos inconvenientes, porque según ella, si el hijo natural viene después de la ley, nadie niega el evidente derecho a que el estatuto bajo cuyo imperio llega a la vida lo favorezca, haya hijos legítimos anteriores o posteriores a la ley. Si el hijo natural es anterior a la ley, y luégo vienen hijos legítimos de matrimonios posteriores a la ley, estos descendientes no pueden cambiar la situación jurídica de aquél, creada por la nueva legislación. Pero el hijo natural anterior a la ley tampoco puede perjudicar a hijos de matrimonios también anteriores.

Para la mejor inteligencia del art. 28, conviene hacer saber que la Cámara de Representantes hizo constar en el acta de la sesión de fecha 20 de febrero de 1936, el siguiente aparte del segundo informe de la Comisión del Senado, como explicación e interpretación auténticas de dicho artículo:

"... De acuerdo con las razones que dejamos expuestas, hemos considerado que el artículo objetado por la honorable Cámara puede modificarse en forma menos restrictiva, pero conservando su idea cardinal, que es la de mantener los intereses de la familia legítima, originados por situaciones anteriores a la nueva ley. La fórmula que con tal fin nos permitimos proponer tiende a dejar protegidos esos intereses y a conceder, al mismo tiempo, mayores ventajas a los hijos naturales, estableciendo, al efecto, que la restricción que contiene el artículo objetado por la honorable Cámara sólo tenga efecto en relación con los matrimonios anteriores a la fecha de la vigencia de la ley. De acuerdo con esta modificación, los hijos naturales concebidos antes de la vigencia de la nueva ley concurren solamente con los hijos legítimos de los matrimonios que se celebren después de que aquélla empiece a regir, y los concebidos con posterioridad a la misma vigencia, concurren con los hijos legítimos tanto de los matrimonios anteriores a la nueva ley como de los posteriores a ésta. Esta modificación que brinda a los hijos naturales concebidos antes de que la nueva ley empiece a regir la oportunidad de concurrir a la herencia con la familia legítima de matrimonios posteriores a la vigencia de aquélla, se inspira en una indiscutible base de justicia, sin chocar con situaciones jurídicas existentes y concilia, al mismo tiempo, los puntos de vista de los criterios de la honorable Cámara y del honorable Senado".

Yo he sido y soy amigo de la fórmula adoptada en el art. 28, por dos razones: porque me parece justa, juiciosa y prudente, y porque no chocando con ciertos intereses tradicionales que por instinto de conservación se defienden, la ley no provocará prostestas ni reacciones peligrosas, tendrá la aceptación de todas las gentes sensatas, su aplicación y desarrollo disfrutarán de una atmósfera propicia, de general simpatía, y la vía de su tránsito estará libre de tropiezos, lo que es una gran ventaja para la firmeza y perduración de la reforma.

LEY 32 DE 1936

Es de justicia distinguir con mención especial la ley 32 de 1936 ("Diario Oficial" Nº 23,127, de 5 de marzo), "sobre igualdad de condiciones para el ingreso a los establecimientos de educación", que complementa la reforma sobre "filiación natural", disponiendo que "ningún establecimiento de educación primaria, secundaria o profesional, podrá negarse a admitir alumnos por motivos de NACIMIENTO ILEGITIMO, diferencias sociales, raciales o religiosas". La misma ley trae fuertes y justas sanciones para los planteles públicos o privados que violen aquella disposición, o que dentro del régimen interno de ellos consagren en forma alguna diferencias entre los alumnos por los motivos expresados.

Parece mentira que la sevicia social contra los hijos habidos fuéra de matrimonio, haya llegado al extremo incalificable de echarlos a la espalda en la puerta de mu-

chos establecimientos de educación. La mojigatería, mejor dicho, la hipocresía social que tolera las faltas de los hombres mientras no les acarreen responsabilidades pecuniarias, se ha alojado también, lo que es inaudito, en algunas instituciones de beneficencia infantil, que ostentan el nombre de "la gota de leche", en donde se negaba el alimento al niño hambreado que no llevaba la partida de su filiación legítima.

He contraído estas observaciones y comentarios a las cuatro materias fundamentales de la ley 45, porque la explicación y análisis de ella, en detalle e IN EXTENSO, han sido hechos en forma magistral por el doctor Valbuena en el estudio con que finaliza esta obra y que será de enorme utilidad para jueces, magistrados, abogados y estudiantes de derecho.

Valbuena ha llevado a feliz término una labor de trascendencia social incalculable, después de muchos desvelos, afortunada y merecidamente coronados por el éxito. Su triunfo no es de los que se desvanecen a las veinticuatro horas de obtenidos, por brillantes y sonoros que sean; es de los que repercuten en la posteridad, porque todos los días rinden frutos que el pueblo recoge, disfruta y aprecia.

De mi parte cobro el honor y la satisfacción, que también son para mí un triunfo, de haber prohijado y defendido en el Congreso de Colombia esta reforma sustantiva que es timbre de orgullo para el legislador de 1936, que se ha hecho con ella acreedor a la gratitud nacional y especialmente de las generaciones beneficiadas, que no son pocas.

Bogotá, mayo de 1936.

LUIS F. LATORRE

(Del prólogo al libro actualmente en prensa sobre este asunto, por el doctor Gustavo A. Valbuena).

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(Continuación)

409.—Empeñados como estamos en que las sociedades de **responsabilidad limitada** queden incluídas en el proyecto de código de comercio que actualmente elabora una comisión de abogados formada por los doctores Leandro Medina, Manuel Serrano Blanco y Carlos Arturo Torres Pinzón, vamos a reproducir en el número siguiente la ley argentina sobre este tipo de sociedades promulgada el 8 de octubre de 1932.

Antes de insertar dicha ley, queremos dar algunas noticias sobre sus antecedentes, que hemos tomado de "Revista Crítica de Jurisprudencia", año IV, Nº 1, publicación quincenal que en Buenos Aires hacen los señores Halperin, Nicolás e Isaac.

La expedición de esta ley fue precedida de varios proyectos recomendados por altos organismos científicos.

Sus inmediatos antecedentes parlamentarios fueron: el proyecto del diputado Calvento, de 1929; el del diputado Raúl Martínez y el del senador Bravo, del mismo año de 29.

Entre los proyectos no parlamentarios deben anotarse: el de los doctores Mario Rivarola y Agustín Matienzo, recomendado por el colegio de abogados de Córdoba, y el del doctor Castillo, recomendado por la academia de derecho de Buenos Aires, que sirvió de base a la ley, con algunas modificaciones.

Su fuente legislativa fue la ley francesa, hasta el punto de que el doctor Colombres dice que "este proyecto parece haberse inspirado principalmente en la ley francesa del 7 de marzo de 1925."

En el senado, el doctor Serrey expresó estas características:

1ª—La responsabilidad de los socios es limitada hasta el monto de sus aportes, lo cual le ha dado a esta sociedad el nombre con que se la distingue. Sin embargo, el principio general tiene excepciones destinadas a proteger los intereses de terceros: la responsabilidad solidaria de los socios mientras el contrato no esté inscrito en el registro y publicado, el monto de los aportes en dinero y el valor atribuído a los que se hagan en especie.

2ª—Las sociedades forman una persona moral y jurídica independiente de los socios que las componen.

3ª—Las cuotas sociales no pueden ser objeto de especulación ni estar representadas por acciones nominales, a la orden o al portador, es decir, no pueden ser transmisibles ni por endoso ni por simple entrega; constituyen un crédito a cargo de la sociedad y solamente pueden transmitirse por medio de la cesión de créditos. Pero como era indispensable evitar que entraran a estas sociedades elementos indeseables o con intereses opuestos a la misma, la cesión no puede hacerse a extraños sino cuando en ello consiente una mayoría que represente las tres cuartas partes del capital. En caso de que no se obtenga esta mayoría y la justicia declare infundada la oposición, puede hacerse la cesión, pero se acuerda a la sociedad o a cada uno de los socios un derecho de preferencia sobre los demás.

4ª—Todos los socios tienen derecho de intervenir en la gestión de los asuntos sociales, sea conociendo los libros, papeles y balances, sea con su voto proporcionado a los capitales que tengan comprometidos, en todas las cuestiones que afecten fundamentalmente a la sociedad, como aumento o disminución de capital, transformación de la sociedad en otra, cambio de objeto, liquidación anticipada y demás análogas de importancia decisiva.

5ª—Es esencial la institución de la gerencia.

6ª—Los derechos de terceros están garantizados por la amplia publicidad que se

da a los estatutos, así como por otros medios.

Colombres resumió las características de la sociedad en los siguientes términos:

"Las sociedades de responsabilidad limitada son un tipo intermedio entre las colectivas y las anónimas. Sus características esenciales son: 1ª—La responsabilidad de los socios es limitada al aporte de los mismos; 2ª—Constituyen una personalidad distinta de la de los socios que la forman y su quiebra no compromete a los mismos; 3ª Su capital está formado por el aporte de sus componentes, pero no puede dársele al mismo la forma de títulos negociables, y le está prohibido al socio enajenar su parte a un tercero, sin el consentimiento de los demás; 4ª—Todos los socios tienen el derecho de intervenir en la marcha de la sociedad, tomando conocimiento de sus libros y estado; 5ª—Están sujetas a un régimen especial de publicidad pero sin estar sujetas a la intervención del gobierno, como ocurre con las sociedades anónimas; 6ª—Se admite su constitución hasta con un mínimun de dos personas y en general se limita el número máximo".

410.—La anunciada ley argentina sobre sociedades de responsabilidad ilimitada, que recibió promulgación el 8 de octubre de 1932, dice así:

LEY NUMERO 11,645

(sobre sociedades de responsabiiidad limitada).

Artículo 1º—Además de las sociedades a que se refiere el libro II, título III, del código de comercio, podrán constituírse otras sometidas a las siguientes disposiciones y que se denominarán sociedades de responsabilidad limitada.

Artículo 2º—Las sociedades de responsabilidad limitada podrán tener razón social o denominarse por su objeto o por el nombre que los socios le atribuyan, precedido o seguido siempre del aditamento "responsabilidad limitada".

Artículo 3º—Las sociedades de responsabilidad limitada son comerciales y quedan sometidas para todos sus efectos al código y leyes de comercio, cualquiera sea su objeto. Podrán realizar cualquier clase de operaciones civiles o comerciales, con excepción de las de bancos, seguros, capitalización o ahorro.

Artículo 4º—Las sociedades de responsabilidad limitada deben constituírse por instrumento público o privado, que contendrá:

1º—El nombre, domicilio y nacionalidad de los otorgantes;

2º—La razón social o denominación de la sociedad, su domicilio y la duración del contrato;

3º—La designación específica del ramo de comercio o industria que fuere objeto de la sociedad; el monto del capital; la cuota con que concurre cada uno de los socios, expresando si es en dinero o en bienes de otra naturaleza; la época y forma de pago, en el primer caso; el valor que se les atribuye en el segundo y los antecedentes que justifiquen esa estimación;

4º—La organización de la administración y fiscalización, en su caso, con expresión del nombre y domicilio y nacionalidad del gerente o gerentes que se designen en el contrato;

5º—Las bases para la formación de los balances, las formas de distribuír las utilidades y de contribuír a las pérdidas;

6º—Las bases para la liquidación y partición;

7º—El contrato será firmado por todos los socios directamente o por apoderados con poder especial.

Artículo 5º—Ninguna sociedad de responsabilidad limitada podrá funcionar como tál si el contrato no ha sido inscrito en el registro público de comercio. El contrato social deberá, además, publicarse íntegramente en el boletín oficial donde lo hubiere o en caso contrario, en un diario o periódico de la localidad por el término de cinco días. Solamente después de estas formalidades la sociedad se considerará definitivamente constituída como limitada.

Artículo 6º—La falta de inscripción o publicación hace incurrir a los socios, con respecto a terceros, en responsabilidad solidaria e ilimitada.

Artículo 7º—En todos los documentos, facturas, anuncios y publicaciones emanados de la sociedad, la denominación o razón social debe ser precedida o seguida de las palabras "Sociedad de responsabilidad limitada" y la enunciación del capital. Toda infracción a esta obligación será penada con una multa de cincuenta a quinientos pesos moneda nacional, a beneficio del consejo de educación de la jurisdicción respectiva.

Artículo 8º—En esta clase de sociedades el número de socios no podrá exceder de veinte, no contándose en este número los empleados que se incorporasen después de la constitución, siempre que no excedan de cinco.

Artículo 9º—El capital social se dividirá en cuotas de cien pesos o de múltiplos de cien pesos, y no podrá ser menor de cinco mil pesos. En ningún caso el capital puede ser representado por títulos negociables.

Artículo 10.—En el acto de constitución de la sociedad, los socios deberán suscribir el monto del capital social e integrar por lo menos el cincuenta por ciento de la cuota que hayan suscrito. Cuando el aporte consista en bienes que no sean dinero, deberán integrarse totalmente en el acto de constitución de la sociedad.

El pago en efectivo deberá acreditarse en el registro público de comercio en el acto de la inscripción del contrato con la boleta de depósito en el banco de la nación Argentina, o en otro banco oficial, o en casa de notoria responsabilidad, donde no hubiere bancos, a nombre de la sociedad a constituírse.

Los que suscriben el contrato social, responden solidariamente respecto de terceros por la parte del capital que no se pagare íntegramente en dinero efectivo y por el valor atribuído a los bienes aportados que no sea dinero.

Artículo 11.—Fuéra de los casos especificados en el artículo anterior, la responsabilidad de los socios se limitará:

1º—Al valor de la cuota comprometida en el contrato;

2º—Al de la cuota o cuotas suplementarias, en la proporción que establezca el contrato social, exigibles solamente por la sociedad, para atender necesidades de su giro. Estas cuotas suplementarias no afectan la responsabilidad de los socios ante los terceros, sino desde el momento en que la sociedad, por resolución inscrita y publicada, haya decidido su integración. No cumplidos estos requisitos, ella no es exigible ni aún en caso de liquidación o quiebra de la sociedad.

3º—Al valor de una cuota suplementaria de garantía, en la proporción que establezca el contrato, solamente exigible en caso de liquidación o quiebra y para responder obligaciones contraídas con terceros.

Artículo 12.—La cuota no puede ser cedida a terceros extraños a la sociedad sino con el voto favorable de la mayoría de socios que representen las tres cuartas partes del capital cuando la sociedad contara con más de cinco socios. Se requiere la unanimidad cuando no exceda de este número.

Siendo rechazada la transferencia, al socio le queda el derecho de ocurrir al juez, quien podrá autorizar si considerase que no existe causa justa de oposición, después de oír en juicio sumario al representante de la sociedad. En este caso los socios o la sociedad tendrán opción para adquirir la cuota en iguales condiciones que las ofrecidas por los terceros extraños.

La transferencia, salvo la hereditaria, debe hacerse en instrumento público o privado y no producirá efecto alguno antes de la inscripción y publicación respectiva, llenadas las demás formalidades legales.

Para la incorporación de herederos o legatarios del socio muerto, se requieren las mismas mayorías del apartado primero de este artículo, salvo disposición contraria de los estatutos.

Cuando el aporte de un socio no consiste en dinero, la transmisión de su parte en la sociedad deja subsistente su responabilidad personal si se hace dentro de los dos primeros años de la constitución de aquélla.

Artículo 13.—Las sociedades de responsabilidad limitada serán administradas por uno o varios gerentes, socios o no. La designación podrá hacerse en el acto social o en documento posterior, el cual sólo tendrá validez y efecto después de la inscripción y publicación.

En todos los casos, el nombramiento, como la revocación del gerente, se producirá por mayoría absoluta de votos computados según el capital dentro de la pauta establecida por el artículo 412 del código de comercio.

Artículo 14.—Los gerentes no podrán realizar operaciones por cuenta propia de las que sean objeto de la sociedad, ni asumir la representación de otra persona o sociedad que ejerza el mismo comercio o industria sin autorización de la sociedad, so pena de pérdida del empleo y daños y perjuicios.

Artículo 15.—Los gerentes responden respecto de la sociedad personal y solidariamente, según sean los términos del mandato, por mal desempeño del mismo y por violación de la ley o de los estatutos.

La acción de responsabilidad en interés de la sociedad, por esa causa o sobre reintegración del capital social, corresponde a la sociedad o a los socios individualmente; pero éstos no podrán ejercerla si la asamblea, por el voto favorable de tres cuartas partes del capital, declara exentos de responsabilidad a los gerentes.

Los acreedores sociales sólo podrán ejercer la acción de responsabilidad, por reintegración del capital, en los casos de quiebra o liquidación de la sociedad.

Artículo 16.—Los gerentes tendrán todas las facultades necesarias para obrar a nombre de la sociedad, salvo disposición contraria de los estatutos.

Artículo 17.—El contrato social determinará la forma y manera cómo se expresará la voluntad de los socios para la aprobación de los balances, nombramiento y remoción de los gerentes y demás resoluciones que interesen a la sociedad.

Artículo 18.—El cambio de objeto de la sociedad y toda modificación que imponga mayor responsabilidad a los socios, sólo podrá resolverse por unanimidad de votos.

Para cualquier otra modificación del acto constitutivo, se aplicarán las reglas establecidas por el artículo 354 del código de comercio, cuando la sociedad esté formada por más de cinco socios y se requiere la unanimidad cuando no excede de ese número, salvo disposición contraria de los estatutos.

Artículo 19.—Cada socio tendrá derecho a un número de votos igual al número de cuotas que le pertenecieren.

Artículo 20.—Anualmente deberá destinarse un cinco por ciento de las utilidades líquidas para formar el fondo de reserva legal. Esta obligación cesa cuando el fondo de reserva alcance a un diez por ciento del capital.

Artículo 21.—No pueden pagarse dividendos ni hacerse distribuciones de ningún género a los socios, sino sobre utilidades realizadas y líquidas. Los dividendos pagados en contravención de esta regla, pueden ser repetidos hasta cinco años después de su distribución.

Los gerentes son personal y solidariamente responsables de toda distribución hecha sin comprobación previa de las ganancias realizadas o en mayor suma que éstas.

Artículo 22.—La sociedad de responsabilidad limitada no se disuelve por muerte, interdicción o quiebra de uno o algunos de los socios ni por la remoción del gerente socio nombrado en el contrato, salvo disposición contraria de los estatutos. La quiebra de la sociedad no importa la de los socios que la componen.

Artículo 23.—Las sociedades civiles o comerciales existentes o las que se constituyan después, podrán transformarse en sociedades de responsabilidad limitada sin perjuicio de terceros.

Artículo 24.—Serán aplicables a esta clase de sociedades las disposiciones del código de comercio y las del código civil que se conformen con su naturaleza jurídica y no hayan sido modificadas por las disposiciones precedentes.

Artículo 25.—En la primera edición oficial del código de comercio se incorporará como un parágrafo del capítulo 2º del título 3º del libro 2º, la presente ley, que se denominará ley de sociedades de responsabilidad limitada, conservando sus artículos su numeración independiente.

SALA DE CASACION CIVIL

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 (1)

Casa la Corte la sentencia del Tribunal de Buga, 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 ribereno.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, once de junio de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. 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, 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 mil novecientos veintitrés, el señor Daniel 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 contruí las obras necesarias y aparentes para la conducción de las aguas de La Honda a mi predio, por haber adqui-

(1) Estando ya agotado el Nº 1897 de la GACETA JUDICIAL en que fue publicada la presente sentencia, la reproducimos hoy para satisfacer los deseos de innumerables abogados y estudiantes de jurisprudencia que no solamente de la capital de la república, sino de las provincias, se han dirigido a nosotros para que hagamos la aludida reproducción. (Nota del Relator)

rido 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 constituír 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 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 no 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 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 Ripert y Picard, Los Bienes, número 947—Valerio 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—Colin, Capitant y Julliot de la Morandière, 8ª 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 (lo mismo por el artículo 644 del Código francés, que por el 892 del nuéstro), 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", 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 esto 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 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 persona, 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 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 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 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 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, 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, 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 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 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 la 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, 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 riberanos".

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 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 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 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 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 892, 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 892, 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 892 les da a los riberanos, porque, como se desprende de todas las transcripciones anteriormente hechas y de todas las razones arriba expuestas, la cesibilidad 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 géneris, a servirse de las aguas para menesteres domésticos, irrigaciones, abrevaderos, etc; y que este derecho —que, como se ha dicho tántas 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 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 aparentes 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 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 contra-

rio, 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 art. 885 del Código Civil; ya por aplicación de la regla tantum praescriptum 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 existencia 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 praescriptum 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 Argelia 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 construido 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 no 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 demanda, en estos términos: "Propongo y alego la excepción perentoria de prescripción, basado 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 Argella, 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 García.

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, Srio. en ppd.

EN EL SALVAMENTO DE VOTO QUE SE INSERTA EN SEGUIDA, SOSTIENE EL MAGISTRADO DISIDENTE, DR. MIGUEL MORENO JARAMILLO, ESTAS TESIS: I—LOS ARTICULOS 882 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 Dr. 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 descienden del predio superior sin que la mano del hombre contribuya a ello. Este es el tipo clásico, aunque no aislado, 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 constituído esta servidumbre especial. ¿Por qué 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, como no dañe al orden público ni contravenga a las leyes, y adquiriéndolo tendrá en 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, disminuír 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. No. 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 incluír 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 asímismo 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 en 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 de 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. Apenase se alude en dichos textos a personas extrañas a la riberanía, 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 andan por vías naturales, no pueden guarecerse sino los señores de heredades riberanas, y eso con limitaciones en beneficio de otros riberanos, o de la navegación y flote, o de la partija entre los propietarios de fundos orillados, 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 allá 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 están a su vez limitadas.

Sujetos: dueños de las heredades por donde naturalmente corren las aguas, y riberanos 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 reglen la distribución de las aguas entre los propietarios riberanos; 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 riberanos.

Nada concluyente.

Rompe el capítulo de las "servidumbres naturales" sentando el principio de que el predio inferior está sujeto a recibir las aguas que descienden 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. No. 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 menos 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 besándolas. 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 descienden 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 construido 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 riberanos. 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 excluídas 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 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 sobran-

te; luego por "heredad inferior", según el ordinal 1º del artículo 893, debe entenderse una que sea tan ribereña 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 concluír 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 ribereña 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 ribereña 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 admitan 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 concluír que la prescripción u otro título pueden aprovechar a los dueños de predios no ribereños. Pero tal conclusión, razonable dentro de ese punto de vista, resulta de una chocante antilogía 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 pueden 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 públi-

co 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 dejaran el cauce seco, y fueran 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 por qué 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 895 y 896 del código civil, únicos del tratado sobre servidumbres naturales a que no he hecho referencia, son ajenos del 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 un 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 constituír 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 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 podría 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 concluír que él no estableció o consagró un derecho, sino que reglamentó, o para decir mejor, autorizó, 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".

"Nó; 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 892 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, asímismo, impedir que de la misma agua re-

porte 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 1001, y cuando se trate de conducirla a una población".

"En todos esos casos, del agua encauzada en un acueducto artificial, construído 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 estatuyen 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 construído 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 Français (tomo I, páginas 752 y siguientes), o Ambroise Colín y N. Capitant, con la colaboración de Julliot de la Morandiére, en su Cours Elementaire de Droit Civil Francais (8ª edición, tomo I, páginas 748 y siguientes).

Para mí 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 ábigarrada 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 público, 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 restituír 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 servidumbre voluntaria de acueducto a favor de los predios inferiores pertenecientes a los demandados, señores Leonidas García y Ramón Tascón.

Asímismo 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 infirmado por 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 893 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.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA DEL DEMANDADO

El propósito del legislador al consagrar como causal de casación la 6.a del artículo 520 del Código Judicial, fue el de evitar que se dicte el fallo definitivo, o que éste llegue a adquirir fuerza de cosa juzgada, no obstante hallarse viciado el procedimiento por graves defectos o omisiones, ya referentes a las bases mismas de la organización judicial, o a la violación del derecho de defensa. Para el Código Judicial de 1931 subsiste la nulidad procedimental de lo actuado en el juicio cuando fallece la madre que representa a los menores demandados, al tenor de los artículos 448, 450 y concordantes de dicha obra. Si la parte no ha podido beneficiarse de la suspensión de los términos en el caso del artículo 370 del Código Judicial y se actuó sin que hubiera podido defenderse por haber fallecido y no haber tenido representación en el juicio, lo procedente es brindarles a sus representantes el medio de que, o ratifiquen lo actuado, o éste deje de perfeccionarse mediante la declaración de nulidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.

Sentencia dictada en el juicio seguido por Juan de Dios Medina contra la sucesión de Juan de la Cruz Medina y sociedad conyugal Medina-Toro.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos pertinentes en casación.

Juan de D. Medina P. en su propio nombre demandó ante el Juez del Circuito de Medellín a la sociedad conyugal formada por Juan de la Cruz Medina y Alicia Toro, ilíquida, disuelta por muerte del primero y representada por la última; y a la sucesión de Juan de la Cruz Medina, representada por sus menores hijos Faviola y Gustavo de Jesús Medina Toro, cuya personería a su vez la llevaba su madre Alicia Toro, en uso de la patria potestad.

La demanda persigue la declaración de que los demandados están obligados a pagarle al actor la suma de tres mil quinientos veintitrés pesos treinta y ocho centavos ($ 3,523.38), divisibles por mitad a cargo de la sociedad conyugal y mitad a cargo de la herencia, más los intereses corrientes desde determinada época en adelante, por haber pagado el actor créditos por igual valor inventariados en el juicio mortuorio, en el concepto de haberse subrogado a terceros acreedores para con la sociedad conyugal y la herencia, deudores de dicha suma.

Tanto el Juez de primera instancia como el Tribunal Superior de Medellín en segunda, fallaron condenando a los demandados al tenor del libelo. Contra la sentencia del último se ha recurrido en casación por el guardador interino de los menores, como se verá en seguida.

Motivos alegados en casación.

En primer lugar, el recurrente acusa la sentencia por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, que dice:

"Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no haya sido saneada en conformidad con la ley".

Lo fundamental en la carencia absoluta de representación en el juicio de los menores demandados y de los herederos de Alicia Toro v. de Medina, quien representaba a aquéllos en ejercicio de la patria potestad, y murió el 23 de septiembre de 1931, fecha desde la cual les faltó representación a aquellos menores, hasta el tres (3) de octubre de 1932, en que Enrique Medina Pérez se presentó al juicio como tutor de los mismos.

En que el tutor, al iniciar sus gestiones judiciales, pidió la nulidad de lo actuado en ese período por ilegitimidad de la personería, sin que el Juzgado la resolviera por haber dictado ya sentencia de instancia; volvió a pedirla en segunda instancia, pero el Tribunal, ni sustanció el incidente, ni dijo nada sobre la cuestión en su fallo definitivo, que es el acusado. La carencia absoluta de representación de dos menores impúberes, es el motivo de nulidad que el recurrente invoca, como señalado, dice, por el ordinal 2º del artículo 448 del C. J.

Estudio de la causal 6ª

La Corte considera: A los motivos de casación señalados por la Ley 169 de 1896, el nuevo Código Judicial agregó, entre otros, el marcado con el numeral 6º del artículo 520, con el fin, declarado por la comisión revisora del Código, de subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte po-

drían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada.

Están erigidas 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. Con ese pensamiento, manda la ley al Juez que ponga en conocimiento de las partes cualquiera de las causas de nulidad que advierta antes de pronunciar su fallo, y las partes pueden aducirlas por vía de articulación en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, siempre que la causal no se haya hecho valer como excepción dilatoria, cuando tiene cabida este trámite. Además, creó el legislador de 1931, el motivo de casación consistente en haberse incurrido en alguna causal de nulidad de las ya apuntadas. El propósito del legislador fue el de evitar que se dicte el fallo definitivo, o que llegue éste a adquirir fuerza de cosa juzgada, no obstante hallarse viciado el procedimiento por graves defectos u omisiones, ya referentes, como se ha dicho, a las bases mismas de la organización judicial, o a la violación del derecho de defensa.

Y no obstante que en el artículo 457 dejó subsistente, para ejercitarla posteriormente, la acción de nulidad a favor de la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o que no estuvo legalmente representada en el juicio, procuró la firmeza y estabilidad de los fallos dando mayor ocasión a que dentro del mismo juicio se decidan de una vez aquellas irregularidades, aun como motivo de casación, puesto que si la irregularidad fue estudiada y fallada en el juicio, será cosa juzgada que impide revivirla en nuevo juicio.

En el que ha dado lugar al presente recurso de casación fueron demandadas tanto la sociedad conyugal formada por Juan de la Cruz Medina con Alicia Toro, disuelta por muerte del primero y representada por ésta como cónyuge sobreviviente, como la sucesión de Juan de la Cruz Medina, representada por sus menores hijos legítimos Faviola y Gustavo de Jesús Medina Toro, cuya personería a su vez la llevaba su madre Alicio Toro, en ejercicio de la patria potestad.

Con el doble carácter de representante de la sociedad conyugal disuelta, y también de la sucesión por llevar legalmente la voz de los menores, Alicia Toro contestó la demanda, y con ella se adelantó el juicio. Pero Alicia Toro murió el 23 de septiembre de 1931, y el Juez, sin tener conocimiento del hecho, dictó la sentencia de primera instancia el 22 de septiembre de 1932, condenando a las entidades demandadas al tenor de lo pedido. Sin haberse notificado aún el fallo, con memorial de fecha tres (3) de octubre del mismo año se presentó el señor Enrique Medina T. acompañando la partida de defunción de Alicia Toro, denunciando el fallecimiento y manifestando que al tenor del comprobante que adujo, él, como guardador interino de los menores demandados, pedía la nulidad de lo actuado y también que se llamara a los herederos de Alicia Toro para que se apersonaran en el juicio y dijeran si allanaban o no la nulidad; manifestó también que en esa calidad de guardador interino de los menores apelaba de la sentencia dictada en el juicio.

El Juez de la causa eludió el estudio de la nulidad denunciada por cuanto ya había dictado el fallo, pero, no obstante, concedió la apelación interpuesta a nombre de los menores por su guardador interino, y al mismo tiempo ordenó que se notificara la sentencia a quienes comprobaran ser los representantes de Alicia Toro.

La apelación se consumó y el expediente subió al Tribunal sin haberse notificado previa presentación de los comprobantes del caso, a los representantes de Alicia Toro, quien también había sido demandada como personera de la sociedad conyugal disuelta por muerte de Juan de la Cruz Medina.

En el Tribunal se corrió la segunda instancia con audiencia del guardador interino de los menores únicamente y del demandante, ante quien volvió aquél a denunciar la nulidad y a manifestar que no la allanaba, en memorial que obra a folios 39 del cuaderno número 1º.

El Tribunal Superior de Medellín dictó sentencia el 28 de septiembre de 1934 sobre el fondo del negocio, confirmó la sentencia condenatoria contra los demandados, así la sociedad conyugal como la herencia y condenó en costas al apelante, pero nada dijo respecto de la referida nulidad.

La nulidad atinente a la falta completa de representación que tuvieron los menores en cierto período del juicio ha sido la alegada en casación. La referente a la falta de representación sobreviviente de la sociedad conyugal, no ha sido alegada por falta precisamente de representación. Es de advertir que Alicia Toro no tuvo apoderado en el juicio mientras vivió.

La nulidad de lo actuado por falta sobreviviente de representación, debida a la muerte del demandado, acaecida después de haberse contestado la demanda, era indudable al tenor del artículo 134 de la Ley 105 de 1890, que formaba parte integrante del Código Judicial anterior, a menos que tuviera

constituído apoderado en el juicio, caso en el cual la representación continuaba después de la muerte del demandante, según los artículos 2194 del C. C. y 354 del C. J. abolido.

Para el Código Judicial de 1931 subsiste la nulidad procedimental de lo actuado en el juicio cuando fallece la madre que representa a los menores demandados, al tenor de los artículos 448, 450 y concordantes de dicha obra, y ya se dijo cómo la respectiva articulación debe ventilarse en cualquier estado del juicio y decidirse antes de la sentencia (artículos 455 y 456 ibídem).

Pero el artículo 370 del mismo Código plantea una duda que es el caso de resolver. Dice que los términos no corren en un negocio determinado, ordinal 2º, "por muerte de alguno de los litigantes, hasta que se haga saber a quien debe representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio". La muerte de Alicia Toro, cónyuge sobreviviente, representante de la sociedad conyugal disuelta y madre legítima que llevaba la voz de los menores; produjo sólo la consecuencia de la suspensión de los términos en ese juicio, o por no haberse siquiera suspendido dichos términos es nulo lo actuado mientras tanto contra la sociedad conyugal y contra la herencia sin representante alguno?

Lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte no puede hacer valer su derecho ni defenderse, según el caso, y el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por noticias que se le dé de ella por interesados, aunque no sean parte en el juicio o, lo que es posible que no suceda, por aviso que le dé la contraparte.

Pero si por falta de conocimiento la actuación continúa después de la muerte del litigante que no tiene apoderado constituído en el juicio, lo actuado es nulo. Las nulidades procesales tienen el fundamento que arriba se indicó, y tanto ellas como la suspensión de los términos de un negocio determinado por muerte de alguno de los litigantes las ha establecido la ley en beneficio de la parte y para proteger el derecho de su defensa en juicio. Si la parte no ha podido beneficiarse de la suspensión de los términos y se actuó sin que haya podido defenderse por haber fallecido y no haber tenido representación en el juicio, lo procedente es brindarles a sus representantes el medio de que, o ratifiquen lo actuado, o esto deje de perjudicarle mediante la declaración de nulidad. De otra manera la disposición beneficiosa del artículo 370 vendría a perjudicarle si por no haberse suspendido los términos debido a la falta de aviso del fallecimiento, se priva posteriormente a sus representantes de poder pedir la nulidad de lo actuado.

Es pues procedente la causal de casación que se ha invocado contra la sentencia recurrida, porque se pretermitió una formalidad indispensable para fallar, consistente en poner en conocimiento de las partes la nulidad de lo actuado mientras los menores y la cónyuge muerta no tuvieron absolutamente representación, para que, debidamente representados, hubieran podido pedir la reposición de lo actuado o consentirlo, omisión tanto más lamentable cuanto la irregularidad fue insistentemente denunciada, en memoriales especiales, y ni el Juez ni el Tribunal los atendieron siquiera para estudiarlos. Resolver estas irregularidades dentro del mismo juicio, para no mermar el derecho de defensa, evita que el fallo definitivo pueda adquirir la fuerza de cosa juzgada no obstante hallarse viciado el procedimiento por una grave omisión. No resolverlo dentro del mismo juicio es dejar pendiente para acción ordinaria posterior de nulidad, basada en que una de las partes no estuvo legalmente representada, una cuestión que pudo y debió definirse en el primer juicio a fin de que la sentencia saliera purgada de todo vicio y germen de nulidad. Pudiendo subsanarse dentro del juicio mismo, como dijo la comisión redactora del Código de 1931, no hay razón para que se aduzcan después contra 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.

La causal de casación acogida hace que la Corte, de acuerdo con el artículo 540 del C. J., declare en qué estado queda el juicio y disponga que los autos se envíen al Tribunal de su origen para que éste determine lo procedente con arreglo, a derecho, en desarrollo y cumplimiento del presente fallo. El Tribunal hará que el Juez de la causa dé cumplimiento al artículo 455 del C. J. a fin de que la notificación de la sentencia de primera instancia se haga a la parte demandada bien representada, parte compuesta de dos: la herencia de Juan de la Cruz Medina, representada por los menores, y éstos a su vez por su tutor o curador, y la sociedad conyugal ilíquida, que estaba representada por la sobreviviente Alicia Toro, y que, por fallecimiento sobreviniente de ésta, debe representarse por los herederos de los cónyuges. En caso de que las partes que tengan derecho a pedir la reposición, no ratifiquen lo actuado, la ac-

tuación que queda en firme sería hasta la sentencia de primera instancia inclusive, sin sus notificaciones.

En consecuencia, 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 recurrida, de fecha 28 de septiembre de 1934, dictada por el Tribunal Superior de Medellín, en el presente juicio, y, en consecuencia, ordena:

Devuélvanse los autos al Tribunal de su origen para que éste proceda como queda dicho en el aparte final de la parte motivo de este fallo en relación con la causal de nulidad apuntada.

No hay costas en el recurso.

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.

MUTUO CON INTERES.—CONVERSION DE PLATA EN ORO.—REPETICION POR PAGO EFECTUADO EN VIRTUD DE UN ERROR DE DERECHO

En Colombia es absolutamente nula, y aún inexistente, la obligación contraída sin más fundamento que un error de derecho, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurren también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa jurídica distinta del error mismo, aunque ella no sea civil sino apenas natural. De suyo el error de derecho no hace perder a nadie sus bienes. Iría ello contra la equidad. No es posible reconocer mejor condición al que recibe lo que no se le debe que al que paga lo que no debe. Tal reconocimiento valdría por un despojo. Habiéndose pagado por error de derecho una suma mayor de la que se debía, el exceso pagado tiene una falsa causa que autoriza la repetición de lo pagado a pesar del principio legal de que el error de derecho no vicia el consentimiento. A nadie ha de sorprender esta doctrina de la corte, que no es extraña en el derecho civil colombiano. Allí se observa que en multitud de casos el legislador reconoce validez hasta ciertos límites, y niega eficacia de esos límites en adelante. El solo error sobre un punto de derecho, si bien no vicia el consentimiento según claro texto legal, tampoco es obstáculo para que se pueda repetir lo pagado por error de esa clase, cuando el pago no tiene por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural. Lejos de ser ajena del error la repetición de lo indebidamente pagado, es justamente el error una cosa esencial para que el cuasicontrato del pago de lo no debido sea un hecho generador de obligaciones. El código civil concede la repetición aún por error de derecho, cuando el pago no traía por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación civil. Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por escritura número setecientos cincuenta (750), de dieciocho de enero de mil novecientos trece (1913), otorgada ante el cónsul general de Colombia en París, los señores Luciano Herrera y Delfín Martínez hicieron constar que el segundo recibió del primero, a título de mutuo con interés, la suma de treinta mil pesos ($ 30,000.00) "en moneda de plata de curso legal y corriente en el país", al tipo del diez por ciento (10%) anual. Se estipuló que los intereses serían pagados por semestres vencidos y se dijo que al vencimiento del término de cinco (5) años, a contar del primero (1º) de enero de mil novecientos trece (1913), el mutuario pagaría al mutuante "la expresada suma de treinta mil pesos ($ 30,000.00) de ley en moneda de plata de curso legal a la época del pago, o en moneda francesa por su valor equivalente al tipo de cambio vigente en Pasto el día del pago, a elección del acreedor; que en caso de desacuerdo para la fijación del tipo de cambio entre la moneda colombiana de plata y los francos, los contratantes defirirán al dictamen de dos comerciantes respetables nombrados uno por cada uno de los contratantes o al gerente del banco local, en su caso".

Asimismo, dijeron las partes en la mencionada escritura número setecientos cincuenta (750), que el señor Martínez recibió del señor Herrera, a título de mutuo con interés, la suma de veinte mil (20,000) fran-

cos, al siete por ciento (7%) anual, pagaderos los intereses por semestres vencidos, "suma que el otorgante Martínez devolverá a Herrera después de cinco (5) años, contados desde el primero (1º) de enero en curso en la misma moneda francesa estipulada".

Con el objeto de asegurar el cumplimiento de las obligaciones arriba expresadas, el señor Martínez constituyó gravamen hipotecario en favor del señor Herrera sobre dos inmuebles de su propiedad: una casa de habitación, ubicada en la ciudad de Pasto, y una hacienda llamada "Cariaco", ubicada en el distrito de Consacá.

Esta escritura fue registrada en Pasto el veinticuatro (24) de marzo de mil novecientos trece (1913), en los libros 2º y 3º de hipotecas.

Por escritura número cuatrocientos trece (413), de diecinueve (19) de julio de mil novecientos diecisiete (1917), otorgada en la notaría 2º del circuito de Pasto, los señores Luciano Herrera y Luis María Troya, obrando aquél en su propio nombre y obrando éste como apoderado general del señor Delfín Martínez, hicieron varias declaraciones.

El señor Herrera dijo que por haber recibido del señor Martínez la suma de veinte mil (20,000) francos, cancela el gravamen hipotecario constituído sobre la casa de habitación perteneciente a éste, "quedando vigente el gravamen hipotecario, constituído en la hacienda de "Cariaco", como caución del crédito de treinta mil pesos ($ 30,000.00), en moneda de plata a la ley de 835 milésimos, o sean quince mil pesos ($ 15,000.00) en oro legal, según la proporción fijada en la ley sobre circulación monetaria, expedida por el congreso de 1916, suma que Martínez pagará el primero de enero de mil novecientos veinte".

El señor Troya, en su calidad indicada, dijo que "acepta la presente cancelación y que verificará él o su mandante el pago de la suma que queda a deber, que es de $ 15,-000.00 oro legal en la fecha arriba estipulada y de acuerdo con la ley monetaria".

Esta escritura fue registrada en Pasto el veintiocho (28) de julio de mil novecientos diecisiete (1917), en el libro 2º

Por libelo de veintiocho (28) de mayo de mil novecientos treinta y uno (1931), el señor Luciano Herrera demandó al señor Delfín Martínez para que éste fuera condenado a pagar a aquél "tanto la suma de nueve mil pesos ($ 9,000.00) oro por razón del capital, como la de quinientos cincuenta pesos oro por concepto de intereses, mas los que se devenguen hasta el día del pago, a razón del diez por ciento (10%) anual". Además pidió el demandante la declaración de que la hacienda de "Cariaco" está especialmente afecta al pago del capital que se cobra y sus intereses, en virtud de la caución hipotecaria expresamente constituída sobre dicho fundo".

Entre otras cosas dice el demandante:

a)—Que el señor Martínez le pagó el crédito de veinte mil (20,000) francos; que el acreedor canceló la hipoteca sobre la casa de habitación perteneciente al deudor; que continuó vigente el gravamen hipotecario sobre la hacienda de "Cariaco", como caución del crédito de treinta mil pesos ($ 30,-000.00) de ley, o sean, se dijo, quince mil pesos ($ 15,000.00) oro legal, según la proporción fijada en la ley de mil novecientos diez y seis (1916), y que esta aclaración fue aceptada expresamente por el apoderado del deudor, quien se obligó a pagar, "él o su poderdante, esa suma de quince mil pesos oro el primero de enero de mil novecientos veinte".

b)—Que posteriormente, y sin observación alguna, el deudor pagó al acreedor dos cantidades por cuenta del capital: la primera de $ 5,000.00 oro y la segunda de $ 1,-000.00, y también parte por concepto de intereses, por lo cual aquél debe a éste $ 3,-000.00 oro legal y los intereses no pagados.

c)—Que por causa de intereses el deudor ha hecho al acreedor varios pagos, liquidados los cuales de acuerdo con los apuntes del último, el primero resta a deber la suma de $ 550.00 y los intereses que se devenguen hasta el día del pago.

ch)—Que aclarada y concretada la obligación del deudor, por la escritura número cuatrocientos trece (413), de diez y nueve (19) de julio de mil novecientos diecisiete (1917), de entonces hasta la época de la demanda el deudor no ha hecho al acreedor observación ni reclamación algunas y que ha efectuado los pagos por capital e intereses "aceptando y reconociendo en todo, el tenor claro y preciso de su obligación, según la escritura citada, cuya copia ha reposado en su poder".

d)—Que "el derecho, causa o razón de esta demanda consiste en que los contratos generadores de esta acción son una ley para los contratantes; en que lo que una persona ejecuta a nombre de otra estando facultada para ello, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo; en que la ratificación expresa o tá-

cita del mandante obliga a éste aún en aquello en que su mandatario hubiere contratado fuéra de los límites del mandato; en que el mandatario que tiene la libre administración de los negocios del comitente tiene facultad para novar y por consiguiente para aclarar un contrato. En fin, en que habiéndose denegado el señor Martínez a cumplir las obligaciones que esos contratos le imponen, corresponde al poder judicial hacerlas efectivas, de acuerdo con las disposiciones legales que rigen sobre la materia, de las cuales haré especial apreciación al tiempo de alegar".

Por escrito fechado el primero (1°) de octubre de mil novecientos treinta y dos (1932), el señor Delfín Martínez contestó, por medio de apoderado, la demanda que le propuso el señor Herrera.

El demandado aceptó que el 18 de enero de 1913 quedó debiendo al demandante la suma de $ 30,000.00 de ley, en plata; que esa obligación consta en la escritura número 750; que se obligó a pagar intereses al tipo del diez por ciento (10%) anual; que para seguridad de ese crédito hipotecó su hacienda de "Cariaco", pero que el gravamen no fue anotado en el circuito de registro correspondiente ni dentro del término legal; que la cláusula sobre equivalencia de monedas, consignada en la escritura número 413, no lo obliga por las razones que expresará; que no debe al demandante la suma de $ 15,000.00 oro, pues tan sólo le debe la de $ 12,000.00 de la misma moneda, de los cuales se han abonado, por capital e intereses, cantidades que han solucionado la obligación casi en su totalidad; que debe únicamente la suma de $ 2,500.00; que nunca ha aceptado ni aprobado la conversión celebrada por Herrera y Troya sobre el tipo de cambio, que se hizo constar en la escritura número 413; que ha hecho los pagos parciales de acuerdo con el contrato de mutuo constante en la escritura número 650 (sic); que honrada y legalmente cree su obligación no asciende a la cantidad que dice el demandante, porque la conversión de 1917 no novó la primitiva obligación, o porque si la novó, esa novación es nula, y que, en consecuencia, niega y contradice la demanda respecto de los hechos tachados en la contestación y en cuanto se pide el pago de $ 9,000.00 oro y los intereses correspondientes.

Aparte las excepciones que "resultaren comprobadas en este juicio", el demandado propuso las siguientes:

1ª—"Nulidad de la novación celebrada por el apoderado del señor Delfín Martínez y el doctor Luciano Herrera", la cual consiste, dice el opositor, en que el mandatario señor Troya extralimitó su mandato no tomando el parecer del mandante, como estaba obligado a tomarlo, con lo que perjudicó los intereses de éste. Dice que el mandatario no tenía poder especial para celebrar aquella transacción y que el pago debe hacerse de acuerdo con el artículo 206 del código de comercio. Cita además el artículo 1688 del código civil.

2ª—"Error de hecho, subsanable en cualquier tiempo". Funda esta excepción en que la ley 65 de 1916 no fijó tipo de cambio para las obligaciones de particulares estipuladas en monedas de plata, pues tal ley no estableció la proporción del doscientos por ciento sino para las operaciones que celebrara el gobierno por conducto de la junta de conversión y para percepción de rentas y pago de los servicios públicos. Adoptar en las obligaciones civiles una equivalencia distinta a la de los valores de las monedas al tiempo de celebrarse el contrato, es, dice el excepcionante, "demandar la restitución de cantidades de dinero que no se entregaron en calidad de mutuo, o sea, pedir más de lo que se debe, y si se estipula o paga una equivalencia defectuosa, se incide en error de hecho o de cálculo, subsanable en cualquier tiempo, como antes se dijo".

Abierto el juicio a prueba, demandante y demandado adujeron las que estimaron conducentes para apoyar sus puntos de vista.

En cartas del señor Martínez, dirigidas al señor Herrera y al Banco de Bogotá en los años de 28, 29 y 30, reconoce deber nueve mil pesos ($ 9,000.00) como saldo de capital. Reconoce también deber intereses (folios 80 a 92).

En los extractos de cuentas presentados por el deudor al acreedor también aparece reconocido en nueve mil pesos ($ 9,000.00) el saldo de capital.

Al absolver posiciones dice el deudor: que la deuda en plata quedó convertida en deuda en oro legal, pero que en la conversión hubo error porque en lugar de hacerla al doscientos cincuenta por ciento, tipo corriente en la época del contrato, la hicieron al doscientos por ciento, por lo cual dice haber sufrido un perjuicio de tres mil pesos; que su apoderado señor Troya no tenía facultades para hacer la conversión; que no recuerda haber recibido poco tiempo después de otorgada la escritura de conversión una copia de dicha escritura, pero que pasados muchos años vino a leer tal escritura, cuya copia conserva; que durante largo tiempo no observó nada al señor Troya respecto a esa escritura, pero que al darse cuenta del perjuicio que se le causaba por la conversión

hecha sin su voluntad, reclamó a su apoderado, quien le manifestó que había obrado así por la confianza que tenía en la buena fe del señor Herrera y en la del doctor Gonzalo Miranda, que acompañó al mandatario en el otorgamiento de la escritura; que con posterioridad a 1917 pagó al señor Herrera varias sumas a buena cuenta de la deuda, lo que hizo sin haber caído en la cuenta del error en que se incurrió al efectuarse la conversión; que del año de 17 hasta el de 31 no observé nada al señor Herrera respecto al monto de la deuda, porque no había notado el error, y que estuvo dispuesto a pagar a éste nueve mil pesos, en la creencia de que era eso lo que le adeudaba; que después de conocido el error ofreció al señor Herrera la suma de $ 5.000.00 para evitar todo pleito, haciéndole notar que solamente le debía dos mil seiscientos pesos; que fue su hijo Azael la persona que le hizo notar el error, y, finalmente, dice el deudor que el acreedor tenía por qué conocer la ley sobre conversión, expedida en el tiempo en que fue otorgada la escritura cuatrocientos trece (413), tántas veces aludida, y agrega que dicho acreedor debía conocer perfectamente el tipo de cambio de la moneda antigua, toda vez que cuando el contrato de mutuo fue celebrado, el cambio estaba al doscientos cincuenta por ciento (250%) y cuando se otorgó la escritura últimamente mencionada hizo la conversión al tipo del doscientos cincuenta por ciento (250%).

El mandatario Luis M. Troya declara en lo fundamental:

Que el señor Delfín Martínez, su mandante, en el mes de enero de mil novecientos diez y seis (1916), si mal no recuerda, le escribió una carta que no conserva, en la cual le hablaba sobre la cancelación de la hipoteca de acuerdo con las instrucciones dadas al doctor Gonzalo Miranda y que en vista de eso hizo uso del poder general con que le había investido el señor Martínez en tiempos anteriores; que la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) plata antigua de diez décimos a la ley de 0.835 milésimos, fue convertida, "por razón del cambio de monedas de plata oro", en la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00), conversión ésta en que el expresado declarante, señor Troya, dice que el mandatario ni intervino, porque "todo lo hizo el doctor Miranda con el doctor Herrera y el notario, pues en el momento de firmarla se me comunicó que esto habían acordado, o sea la conversión, de acuerdo con una ley que el notario citó y que yo no recuerdo sobre este asunto y yo firmé la escritura en la forma expresada y tal como aparece, porque al proceder el doctor Miranda en la forma que lo hizo, me imagino que él habría hablado sobre eso con don Delfín y yo no tenía que hacer otra cosa sino seguir las instrucciones del doctor Miranda"; que el señor Martínez no le suministró bases e instrucciones escritas precisas para el otorgamiento de la escritura, y que cuando aquél estaba en Bogotá, manifestó por carta al declarante que habían hecho mal la conversión; que la minuta para la escritura, según lo supo el testigo, fue formulada por el doctor Miranda, pero que no lo vio personalmente; que no le consta si el señor Herrera intervendría en la confección de tal minuta, y que el señor Martínez, desde su regreso del exterior, ha conservado en su poder la copia de la escritura 413 (fojas 117 y 118).

Rangel Manrique, antiguo contador del señor Martínez, depone que en los libros de contabilidad abonó una partida en francos por deuda contraída a favor del señor Herrera, e hizo la conversión en oro de la suma que a aquél debía el señor Martínez, pero que, sin poder precisar a cuánto ascendía dicho saldo, cree que la conversión se hizo al cambio del doscientos por ciento, y, finalmente, que tuvo noticia de que el señor Troya, en su carácter de apoderado general del señor Martínez, celebró una escritura relacionada con el crédito a favor del señor Herrera, para lo cual juzga el testigo que el señor Martínez lo haya instruído, o, por lo menos, a la persona encargada de confeccionar la minuta, pero que sobre esto nada puede asegurar, porque nada le consta (folios 110 vuelta, 120 y 120 vuelta).

El mandatario señor Troya vuelve a declarar diciendo que en la carta remitida desde Ipiales por el señor Martínez en el año de 1917, aquél autorizaba a éste para que, de conformidad con las instrucciones del doctor Gonzalo Miranda y en uso del poder general mencionado, aceptara la cancelación de la escritura de hipoteca, y que el señor notario, don Ezequías Ortiz, manifestó que se había resuelto hacer la conversión de plata en oro con apoyo en una ley que dicho notario citó. El testigo no recuerda si él tendría autorizaciones para aceptar la conversión. Cree que se convino en lo anterior solamente por parte del doctor Miranda y del señor notario, "pues que por mi parte no tuve sobre esto ninguna observación de parte de los otros contratantes, sino que únicamente y después de haber firmado el doctor Herrera, firmé la misma escritura creyéndola legal, pues la insinuación para ejecutar la conversión provino del notario y pensé que de ello don Delfín no acarrearía ningún

perjuicio". Agrega que el señor Martínez, ni de palabra ni por escrito, le ha dado orden para hacer la conversión de plata antigua en oro. El señor Troya rinde esta declaración en el folio 121 vuleta y la ratifica en el folio 130.

En el folio 127 vuelta está la escritura número treinta y cinco (35), de veintidós (22) de enero de mil novecientos diez y seis (1916), otorgada en la notaría de Ipiales, por medio de la cual el señor Martínez confirió poder al señor Troya para que, a nombre del otorgante, "represetando su propia persona, derechos y acciones, y guardando en todo caso sus instrucciones, celebre, de palabra o por escrito, toda clase de contratos, transacciones y arreglos de cualquier naturaleza...; y finalmente para que fuéra de juicio haga todo cuanto el otorgante haría..."

En el folio 131 vuelta se halla esta certificación:

"Los suscritos presidente de la junta liquidadora del Banco del Sur y secretario-contador, en favor de la verdad, certificam: Que examinados los libros del extinguido Banco del Sur, se encuentra que el tipo de cambio sobre New York, en giros a la vista, era de $ 243.00, plata antigua, de $ 0.835, en el año de 1913. De tal manera que, para obtener cien pesos ($ 100.00) oro americano, se gastaban doscientos cuarenta y tres pesos ($ 243.00) plata antigua; y que en el año de 1917 cien pesos ($ 100.00), oro americano, en giros a la vista sobre New York, costaban ciento cinco pesos ($ 105.00), oro legal colombiano. En fe de lo cual se firma en Pasto, hoy tres de diciembre de mil novecientos treinta y dos. Manuel M. Navarrete, presidente de la Junta Liquidadora. Marcial Bedoya, secretario-contador". Hay un sello que dice: "Banco del Sur. Pasto. Cuentas corrientes". Se adiciona el anterior certificado aclarando que en las épocas en él indicadas, la relación comercial de cambio de la moneda de oro colombiano y la moneda de plata de 0.835 de fino que circuló en Nariño, era del doscientos cincuenta por ciento (250%). En fe de lo cual se firma en la misma fecha, tres de diciembre de mil novecientos treinta y dos. Manuel M. Navarrete—Marcial Bedoya".

En el folio 133 vuelta se halla esta otra certificación:

"El suscrito, Julio Bravo, comerciante, en obedecimiento del auto de 28 de octubre de 1932 del juzgado 2º de este circuito, certifica: que el tipo de cambio entre la moneda de plata antigua de 0.835 de fino y la moneda legal de oro colombiano, en el año de 1913, era el de doscientos cincuenta por ciento (250%); es decir, que para obtener cien pesos ($ 100.00) oro legal se necesitaban doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) plata antigua. Que en lo referente al año de 1917, la plata antigua se hallaba desmonetizada, en virtud de la ley de 1916 que mandó recogerla; sin embargo, el comercio continuaba aceptándola en sus operaciones, más o menos al mismo cambio de doscientos cincuenta por ciento (250%). Pasto, diciembre 12 de 1932.—Julio Bravo".

Los señores Artemio E. Burbano y Carlos G. López, nombrados peritos en el juicio, rinden su dictamen en los folios 146 y siguientes, en donde se lee esta conclusión:

"VII.—Según demostración del cuadro de liquidación, se han pagado por concepto de capital, la suma de seis mil pesos ($ 6,000.-00); se ha cubierto el valor de los intereses sobre el capital adeudado, y se ha pagado, además, la cantidad de tres mil ochenta y cinco pesos con diez y nueve centavos ($ 3,-085.19), que deben abonarse a capital, quedando la deuda del señor Martínez, según la conversión, a la cantidad de dos mil novecientos catorce pesos con ochenta y un centavos ($ 2,914.81), como se demuestra en el resumen de nuestra cuenta".

Los peritos tomaron por base las certificaciones preincorporadas sobre tipo de cambio y los informes que tomaron de otras casas comerciales de la ciudad de Pasto, en cuyos libros aparece el mismo tipo entre la plata y el oro.

Por orden del juzgado, los peritos ampliaron su dictamen en los folios 219 y 219 vuelta. Allí dicen que aumentando la suma que consta en los recibos agregados al expediente y reconocidos por el señor Herrera, recibos que los peritos no conocían, lo que el señor Martínez debe al señor Herrera por capital, tomando el cambio a razón del 250%, queda reducido a $ 2,519.31.

Adviértese que en el primitivo dictamen los peritos tomaron, entre otras bases, la marcada por ellos con el número III, que dice así:

"III.—Durante el curso de la liquidación, al tipo de cambio indicado del 250% que conservamos hasta el 1º de enero de 1920, porque en esta fecha, todo el comercio de esta ciudad liquidó sus operaciones llevadas en plata a moneda legal oro, a razón del doscientos por ciento, sin duda alguna por lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 100 de 1919, aparecen algunos recibos expresando moneda oro, por cuyo motivo de esos valores no hemos hecho ninguna conversión".

El veintiséis (26) de agosto de mil novecientos diez y nueve (1919) dio el señor Herrera al señor Martínez un recibo por

$ 5,000.00 en oro legal, "como devolución de parte de la suma de quince mil pesos ($ 15,000.00) oro legal que le había dado a mutuo por escritura hipotecaria otorgada en la ciudad de Pasto. Quedan en poder del señor don Delfín Martínez diez mil pesos ($ 10,000.00) oro legal..." Y el veintiocho (28) de julio de mil novecientos veinticuatro (1924) dio el mismo al mismo un recibo por mil pesos ($ 1,000.00) y dijo que la deuda queda reducida a la suma de nueve mil pesos ($ 9,000.00) en moneda legal. (folios 155 y 156).

Al absolver posiciones dijo el señor Herrera que al hacer la conversión se tuvo en cuenta el cambio señalado por el artículo 4º de la ley 66 de 1918.

El señor juez 2º del circuito de Pasto, por sentencia fechada el nueve (9) de agosto de mil novecientos treinta y tres (1933), condenó al señor Martínez a pagar al señor Herrera la cantidad de dos mil quinientos diez y nueve pesos con treinta y un centavos ($ 2,519.31) oro y los intereses de esta suma desde la fecha de la demanda hasta el día del pago, a razón del diez por ciento (10%) anual. También resolvió el juez que la hacienda de "Cariaco" está especialmente afecta al pago de la cantidad indicada y de sus intereses.

El señor juez basó su sentencia en el artículo 1511 del código civil, pues admitió que en el arreglo efectuado en el año de 1917 hubo error de hecho, porque la sustancia o calidad especial del objeto sobre que versó el contrato fue diversa de lo que se creyó, a causa, dice el señor juez, de que los contratantes creyeron que los $ 15,000.00 oro legal tenían la cualidad de ser equivalentes a los treinta mil pesos de ley, "y no teniendo esa cualidad hay error en cuanto a la sustancia; el que subsiste aun cuando sea uno solo de los contratantes el que lo haya sufrido".

El apoderado del señor Herrera ante el tribunal de Pasto, en alegato de fecha trece (13) de octubre de mil novecientos treinta y tres (1933), alega entre otras cosas "que si esos errores u otros de hecho se hubieran deslizado, tales errores no podrían alegarse al presente, porque por disposición terminante y clara del artículo 1750 del código civil, inciso II, el plazo para pedir la rescisión en caso de nulidad por error o dolo prescribe en cuatro años contados desde el día de la celebración del acto o contrato, disposición que termina rotundamente toda discusión sobre el particular... Es algo, pues, sorpresivamente extraño que el señor juez hubiera aceptado que el error de hecho alegado como excepción fuera subsanable en cualquier tiempo, en el sentido en que acogió dicha excepción".

El tribunal superior de Pasto, en sentencia de once (11) de mayo de mil novecientos treinta y cuatro (1934), declaró no probadas las excepciones de nulidad de la novación y de error de hecho subsanable en cualquier tiempo; condenó al señor Martínez a pagar al señor Herrera las sumas de nueve mil pesos ($ 9,000.00) oro por concepto de capital, y de tres mil doscientos cincuenta pesos ($ 3,250.00) oro por concepto de intereses de dicho capital; declaró que la hacienda de "Cariaco" no está especialmente afecta al pago de las sumas que cobra el señor Herrera, y dispuso que las costas de la segunda instancia fueran comunes a los dos litigantes (folios 247 y siguientes).

Estimó el tribunal que el error en el contrato engendra una nulidad relativa saneable por el transcurso de cuatro años, ya corridos en este negocio; que en el contrato de que da cuenta la escritura número cuatrocientos trece (413) de mil novecientos diez y siete (1917) no se incurrió en ninguna de las causas de error que vician el consentimiento; que la proporción entre las dos cantidades pertenece a la categoría denominada relación, distinta de la sustancia; que si el mandatario del señor Martínez pudo incidir en error de derecho, porque creyera que aún para las obligaciones particulares contraídas en monedas de plata antigua regía el cambio de doscientos por ciento, es evidente que el error de derecho no sirve de excusa ni vicia el consentimiento, sencillamente porque no es un error invencible; que la excepción de error subsanable carece de fundamento, ya porque no se refiere a ninguno de los casos en que el error vicia el consentimiento, ya porque esa causal se propuso extemporáneamente, ya porque ha habido ratificación tácita del deudor, y, finalmente, que la hipoteca no subsiste porque las dos escrituras de que varias veces se ha hecho mención han debido registrarse no en Pasto sino en el círculo de Sandoná, como lo prescriben las ordenanzas de Nariño desde el año de mil novecientos nueve (1909).

Las dos partes interpusieron recurso de casación contra el fallo del tribunal; la demandante por cuanto se declaró que la hacienda de "Cariaco" no está hipotecada al señor Herrera, y la demandada porque la sentencia en lo principal le fue adversa.

Con el propósito de aprehender el espíritu que informa la disposición contenida en el artículo 15 de la ley 65 de 1916, sobre equivalencia de monedas para los negocios entre particulares, quiso la corte conocer la historia fidedigna de ese precepto legal, y, al efecto, estudió muy detenidamente los anales del senado y los de la cámara de representantes en el expresado año.

Fue así como la corte, obrando de su propio motivo, se enteró de los pormenores que va a relatar:

El 21 de junio de 1916 presentó al senado el doctor Pedro Blanco S., como secretario del ministerio del tesoro, encargado del despacho, un proyecto de ley sobre acuñación y reacuñación de monedas, constante de siete artículos. ("Anales del Senado", número 7).

Una comisión del senado —constituída por los señores Guzmán, Camacho, Sorzano, Márquez, Carbonell y Lozano T.— propuso el 16 de julio siguiente que se diese segundo debate al mencionado proyecto, con las modificaciones contenidas en pliego aparte. Esa comisión modificó alguno de los artículos originales y propuso la inclusión de otros nuevos, en forma que el proyecto vino a quedar formado por 14 artículos. ("Anales del Senado", Nº 14).

En la sesión del 19 de julio de 1916, el senador Herrera rememoró rápidamente las leyes que han reglamentado este asunto desde 1903 en adelante, y en la sesión del 2 de agosto del mismo año propusieron el mencionado senador y los señores Camacho y Guerrero este artículo nuevo, que, modificado más tarde en la cámara de representantes, llegó a ser el artículo 15 de la ley 65 de 1916:

"Artículo nuevo.—Las obligaciones de cualquier género que tengan por objeto cantidades de moneda antigua de plata a que se refiere la presente ley, y que hayan sido contraídas en las secciones del país a que esta ley se refiere, sea cual fuere el lugar donde deban cumplirse, así como las contraídas en cualquier lugar y que deban cumplirse, en tales secciones, se pagarán en moneda legal, computada al tipo establecido de $ 200 plata por $ 100 oro, salvo el derecho de los contratantes para renovar y aclarar sus convenciones, al ponerse en vigencia la presente ley".

En discusión el anterior artículo, el senador Herrera lo explicó y el senado le impartió su aprobación. ("Anales del Senado", Nos. 29 y 30).

Desde la sesión del 18 de julio de 1916 había pronunciado el senador Herrera un discurso en que anunciaba una modificación suya que abarcaría tres puntos, el segundo de los cuales tendía a que se fijara por ley el tipo del cambio para evitar especulaciones perturbadoras. Como el senador Mantilla preguntara al orador si a partir del primer trimestre de estar en vigor la ley, el tipo de cambio se mantendría o variaría, replicó aquél: "Pudiera suceder que variara en favor de la plata, y por eso convendría dejar en la ley algún medio en manos del gobierno para que no vayan a perjudicarse los tenedores de plata. Esta ley, si en algo puede favorecer a éstos, es principalmente a las gentes pobres, que serán las últimas en ir a la ventanilla del cambista. Por eso sostengo que no se haga la disminución específica de la moneda extranjera que hoy mismo no podría coligarse en menos del 200%".

Y como el senador Guzmán le observara al orador que el tipo de cambio está fluctuando todos los días, éste contestó:

"... Además, la expresión general de tipo de mercado rige en los centros en que hay entidades financieras que, como las bolsas de París y de Londres, registran momento por momento en el Echo de la Bourse y en otras publicaciones análogas el movimiento de los valores. Decir en Nariño, al tipo de mercado, es decir según la dirección del viento, es decir lo inseguro, lo que no está determinado en parte alguna. En Cúcuta se fijó con antelación el tipo del cambio hace tres años, y no hubo dificultad, ni ese tipo difiere en mucho al que yo propongo". ("Anales del Senado", Nº 38).

En la sesión del 3 de agosto de 1916, el artículo nuevo de los señores Camacho, Herrera y Guerrero, fue modificado por los senadores Camacho y Montaña en la forma siguiente:

"Artículo 15.—Las obligaciones de cualquier género que tengan por objeto cantidades de moneda antigua de plata a que se refiere la presente ley, y que hayan sido contraídas en las secciones de Nariño y del Chocó o que deban cumplirse en aquellos lugares, podrán pagarse en la moneda estipulada si fuere de curso legal en el momento del pago o en moneda legal, computada al tipo de $ 200 plata antigua por $ 100 oro, salvo el derecho de los contratantes para renovar y aclarar sus convenciones".

La modificación consistió en concretar el caso a las obligaciones que hayan sido contraídas en las secciones de Nariño o del Chocó, o que deban cumplirse en aquellos lugares, y en sustituir el imperativo "se pagará en moneda legal", por esta facultad: "Podrán pagarse en la moneda estipulada si fuere de curso legal en el momento del pa-

go, o en moneda legal en cantidad que equivalga al valor de la obligación en la época en que se contrajo".

Al discutirse la anterior modificación, el senador Montaña la explicó, el senador Herrera la defendió y el senador Guzmán hizo algunas observaciones. Luégo fue aprobada. ("Anales del Senado", Nº 37).

Después que el proyecto sufrió tres debates en la cámara del senado, pasó a la cámara de representantes, en la cual se le introdujeron varias modificaciones, una de las cuales consistió en eliminar del artículo 15 lo tocante a la proporción de $ 200 plata antigua por $ 100 oro para liquidar las obligaciones entre particulares.

La comisión de hacienda de la cámara de representantes dijo a este propósito:

"Finalmente queremos observar que una vez fuéra de curso legal las monedas de plata antigua que circulan ahora en las secciones de Nariño y del Chocó, envolvería una injusticia para los deudores de cantidades de esa plata el que tuvieran que cumplir sus obligaciones en moneda legal computada al cambio de doscientos por ciento (200 por 100). Más resalta esta injusticia si se tiene en cuenta que dicha rata de cambio no se fija para todo el tiempo que conserve el curso legal dicha plata. La equidad aconseja buscar la equivalencia en moneda legal del valor de la obligación en la época en que se contrajo". ("Anales de la Cámara de Representantes, Nº 103).

En la sesión del 23 de noviembre de 1916, el representante López propuso la siguiente modificación al artículo 15, que fue aprobada y adoptada:

"Artículo 15.—Las obligaciones de cualquier género que tengan por objeto cantidades de moneda de plata a que se refiere la presente ley, y que hayan sido contraídas en las secciones de Nariño o del Chocó, o que deban cumplirse en aquellos lugares, podrán pagarse en la moneda estipulada si fuere de curso legal en el momento del pago, o en moneda legal en cantidad que equivalga al valor de la obligación en la época en que se contrajo, salvo el derecho de los contratantes para renovar y aclarar sus convenciones". ("Anales de la Cámara de Representantes", Nº 135).

Como puede observarse, la modificación introducida por la cámara de representantes consistió en suprimir el vocablo "antigua", en cambiar la conjunción copulativa "y" por la disyuntiva "o" al hablar tanto de Nariño como del Chocó, y en sustituír en las obligaciones particulares la equivalencia legal entre $ 200 plata antigua y $ 100 oro, por esta otra equivalencia mercantil: "en la moneda estipulada si fuere de curso legal en el momento del pago, o en moneda legal en cantidad que equivalga al valor de la obligación en la época en que se contrajo".

Vuelto al senado el proyecto con las modificaciones que le introdujo la cámara de representantes, una comisión formada por los senadores Guzmán, Herrera y Camacho propuso que se consideraran las reformas introducidas por esta última corporación. ("Anales del Senado", Nº 149).

El senado, en sesión del 2 de diciembre de 1916, accedió a las modificaciones introducidas por la cámara al artículo 15, y éste quedó tal como aparece en la ley 55 del expresado año. ("Anales del Senado", Nº 130).

Las dos partes interpusieron recurso de casación contra la sentencia proferida por el tribunal de Pasto.

El apoderado del recurrente Martínez cita como violadas numerosas disposiciones legales, a saber:

I.—Los artículos 1509 y 2315 del código civil y 15 de la ley 55 de 1916, para sostener que cuando se trata de pagos se puede repetir aún lo que se ha pagado por error de derecho.

II.—Los artículos 2315 y 2317 del código civil y 15 de la ley 65 de 1916, para afirmar que ninguna causa podría justificar el extraño aumento de la cantidad debida cuando apenas se trataba de hacer el cómputo de una equivalencia de hecho según la ley, puesto que del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.

III.—Los artículos 1450 y 2155 del código civil y 15 de la ley 65 de 1913, para decir que sí puede explicarse la actitud del señor Troya, apoderado del señor Martínez, al reconocer mayor suma de la debida, como un acto de donación, tal acto no vale porque el poder del primero no se extendía hasta donar; porque el código inhabilita al mandatario ("al poderdante", dice equivocadamente la demanda) para donar, y porque la donación entre vivos no se presume sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes.

IV.—Los artículos 1750, 1752, 1754, 2536 y 2317 del código civil, para sustentar la tesis de que el término para repetir lo pagado no es de cuatro años, sino de diez o de vein-

te años, según sea la acción ejecutiva y ordinaria; que la ratificación del señor Martínez no existe por haber faltado el "a sabiendas" del error cometido, y que la ejecución voluntaria de la obligación contraída implica conocimiento perfecto del deudor en el hecho y en el derecho, con prueba a cargo de la parte contraria.

V.—Los artículos 1510 y 1511 del código civil, para asegurar que hubo error sobre la identidad de la cosa específica de que se trataba; error también en cuanto a la sustancia o calidad esencial sobre que versaba el contrato, y, subsidiariamente, error acerca del principal motivo de las partes para contratar.

VI.—Los artículos 1750, 2513 y 2545 del código civil, para observar que suponiendo no se tratara de pago de lo no debido, sino de una nulidad relativa común, la parte interesada ha debido alegar tal prescripción en las instancias, pues el fallador no puede declararla de oficio; que no es aplicable la prescripción de cuatro años, porque el señor Martínez no es el actor, y que la nulidad como excepción puede hacerse valer en cualquier tiempo mientras subsista la acción, es decir, durante veinte años.

VII.—Los artículos 1502, 1508, 1509, 1510, 1511, 1524 y 1741 del código civil y 15 de la ley 95 de 1890, para alegar que una vez admitida la existencia de error, como la admitió el tribunal, la consecuencia lógica, inmediata e ineludible es la de que al quedar consignada en la escritura 413 una deuda adicional a la del mutuo, por valor de $ 3,-000.00 oro, tal deuda adicional, tal obligación fundada en error, carece de causa, y es, por lo mismo, nula de nulidad absoluta, y aun inexistente.

VIII.—Los artículos 2221 del código civil y 15 de la ley 65 de 1916, para mantener la teoría de que en el contrato de mutuo, salvo naturalmente lo concerniente a intereses, es esencial que la restitución se haga de lo recibido, es decir, de otras tantas cosas del mismo género y calidad, por lo cual la restitución de $ 3.000.00 por capital mayor de lo recibido, no estando demostrada la desaparición del error, implica un quebrantamiento de los preceptos citados.

IX.—Los artículos 1688 y 2159 del código civil, para argüir que el mandatario señor Troya, por amplio que fuera su mandato para la libre administración de los bienes del señor Martínez, no estaba facultado para hacer declaraciones sin causa, ni para contraer obligaciones sin causa, por constituír unas y otras actos ilegales que la ley sanciona con la nulidad absoluta.

El apoderado del recurrente señor Herrera, en la segunda instancia, limita su recurso de casación al punto tercero de la sentencia, en la cual declara el tribunal que la hacienda de "Cariaco" no está afecta al pago de las sumas que cobra el señor Herrera al señor Martínez.

El señor Herrera y su apoderado desistieron de este recurso por memorial dirigido a la corte. Esta admitió el desistimiento y declaró en firme la parte de la sentencia a que él se refiere.

Se considera:

1

No puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después que esté en observancia, enseña el artículo 56 del código político y municipal. En punto de adquisición del dominio manda el artículo 768 del código civil que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, sin prueba en contrario. Y dispone el artículo 1509 de este mismo código que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Estos principios son incuestionables y se fundan en que el legislador, por razones de política social, presume a todos los colombianos conocedores de todos los millares de leyes expedidas en la república.

El texto de la escritura número cuatrocientos trece (413), de diez y nueve (19) de julio de mil novecientos diez y siete (1917), otorgada en la notaría 2ª del circuito de Pasto, indica que el mandatario Luis M. Troya no conocía los pormenores de la mencionada ley 65. Es natural pensar que de haber conocido esos pormenores no hubiera aceptado una liquidación que, desplazando a su mandante de la equivalencia comercial admitida por el artículo 15, lo colocaba bajo el imperio de los artículos 4º y 12.

La corte admite que el deudor y su mandatario incurrieron en error de derecho, fundada en el texto mismo de la escritura número cuatrocientos trece (413) y en algunas pruebas indirectas, —indicios y presunciones—, como la frecuente ignorancia de las leyes aún por parte de jueces y abogados; como el hecho de que no es lo ordinario ver a un deudor agravando su deuda sin ningún motivo especial, y como el de que un mandatario, singularmente si es modesto empleado, no suele atreverse a desmejorar a sabiendas, y quizás ni aún a cambiar, la posición jurídica de su mandante.

Justa causa y real, objeto lícito, capacidad legal, consentimiento sin vicio. Estos son los cuatro requisitos que deben concurrir para que una persona se obligue a otra en contrato unilateral o para que varias personas se obliguen recíprocamente en contrato plurilateral. No puede faltar ni uno solo de esos cuatro requisitos. La causa sin el objeto no alcanzaría a móvil contractual. El objeto sin la causa sería una cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, pero sin actividad jurídica mientras alguien no tratara de darla, de hacerla o de no hacerla. La causa no saldría del fuero interno y permanecería el objeto en su sér real o como mero derecho, si un individuo legalmente capaz no los movilizara en acto. Y la capacidad legal no pasaría de simple aptitud, aunque hubiera motivos y cosas, si no mediara el consentimiento libre y limpio de error, fuerza y dolo.

Es contrario a la razón pensar que el consentimiento aislado —sin error, fuerza o dolo que lo vicien— baste para que una persona se obligue a otra por un acto de voluntad, como sería también absurdo imaginar que puedan surgir convenciones con la capacidad sola, con la causa sola, o con el objeto solo. Repítese que los cuatro requisitos han de hacerse compañía. De ahí que el artículo 1509 del código civil, según el cual no vicia el consentimiento un error de derecho, sea prescripción cuyo alcance no llega hasta considerar válido lo que carece de cualquiera de los otros tres requisitos indispensables para que surja el contrato. Si éste no existe por falta de causa o de objeto, o si es nulo por falta de capacidad, no vivirá ni convalecerá porque haya consentimiento pleno o porque el error sobre un punto de derecho no haya viciado el ese consentimiento.

Si el error sobre un punto de derecho, por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, con falsa causa o con causa inmoral.

La severa fórmula del jurisconsulto Labeon, juris ignorantia non prodest, si se la entiende en el sentido de que no mira a la concurrencia de los otros tres requisitos necesarios para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro código. Consagró éste el principio contrario, más de acuerdo con la justicia.

En Colombia es absolutamente nula, y aún inexistente, la obligación contraída sin más fundamento que un error de derecho, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurren también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa jurídica distinta del error mismo, aunque esa causa no sea civil sino apenas natural. De suyo el error de derecho no hace perder a nadie sus bienes. Iría ello contra la equidad. No es posible reconocer mejor condición al que recibe lo que no se le debe que al que paga lo que no debe. Tal reconocimiento valdría por un despojo.

En la ley 65 de 1916 se hallan los artículos 4º, 12 y 15, que así dicen:

"Artículo 4º.—El cambio se hará en la proporción de doscientos pesos ($ 200) plata por cien ($ 100) oro inglés o moneda legal".

"Artículo 12.—Desde la ejecución de la presente ley, el cambio oficial para la percepción de rentas y para el pago de servicios públicos será el de doscientos por ciento (200 por 100)".

"Artículo 15.—Las obligaciones de cualquier género que tengan por objeto cantidades de monedas de plata, a que se refiere la presente ley, y que hayan sido contraídas en las secciones de Nariño o del Chocó, o que deban cumplirse en aquellos lugares, podrán pagarse en la moneda estipulada si fuere de curso legal en el momento del pago, o en moneda legal en cantidad que equivalga al valor de la obligación en la época en que se contrajo, salvo el derecho de los contratantes para renovar y aclarar sus convenciones".

El error sobre un punto de derecho, que por falsa causa hizo ineficaz la liquidación del capital en cuanto excediera de $ 12,000.-00, estribó en que el mandatario del deudor creyó erróneamente en que para las obligaciones entre particulares se aplicaba la proporción del doscientos por ciento, a que aluden los artículos 4º y 12, y no la que resultara de aplicar el tipo de cambio a la época del contrato, como lo autoriza el artículo 15.

Al liquidar el crédito, las partes llegaron a una cuantía-límite, autorizada por el artículo 15 de la ley 65 de 1916. Hasta ese límite, que según los peritos es de $ 12,000.00, ninguna de ellas puede desconocer lícitamente la legitimidad de la deuda, ya por razón del contrato celebrado en mil novecientos trece (1913), ya por razón del artículo 15. El deudor no ha discutido, ni podría discutir fundadamente, sino el exceso, es decir, la diferencia entre $ 12,000.00 y $ 15,000.00.

Ese exceso no está amparado por los artículos 4º y 12, aunque una sola de las partes, la acreedora, quiso guarecerlo en ellos. En ese exceso hay falsa causa. Y hallándose insoluto, no puede autorizarse su cobranza.

Más bien debe la justicia ponerlo en cobro, declarando su ineficacia. Hasta el límite fijado por el artículo 15, la liquidación tiene causa real y lícita. En lo que pasa más allá de la regla fijada por tal artículo, la causa es falsa por error sobre un punto de derecho. A nadie ha de sorprender esta doctrina de la corte, que no es extraña en el derecho civil colombiano. Allí se observa que en multitud de casos el legislador reconoce validez hasta ciertos límites y niega eficacia de esos límites en adelante. Recuérdense sus preceptos sobre donaciones y remisiones sin permiso judicial, en lo que pasen de cierta cuantía; sobre arrendamiento de bienes pertenecientes a incapaces o de servicios domésticos, en lo que rebasen cierto número de años, y sobre pacto de indivisión, en cuanto se pretenda que dure más de cierto término.

El solo error sobre un punto de derecho, si bien no vicia el consentimiento según claro texto legal, tampoco es obstáculo para que se pueda repetir lo pagado por error de esa clase, cuando el pago no tiene por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural.

Lejos de ser ajena del error la repetición de lo indebidamente pagado, es justamente el error una cosa esencial para que el cuasicontrato del pago de lo no debido sea un hecho generador de obligaciones.

El código civil concede la repetición aún por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural. Así lo prescribe el artículo 2315 del código civil.

Una vez por todas hace constar la corte que al hablar de nulidad por falsa causa, consistente en error sobre un punto de derecho, y al estimar que esa falsa causa invalida la liquidación desde cierto punto en adelante, tiene muy en cuenta lo siguiente:

Primero.—Que como la causa es un motivo interior, o sea un movimiento del ánimo, al aceptar la corte equivocación de la parte deudora admite que el tipo comercial de cambio era más bajo que el oficial, porque así lo dicen los peritos: pero la admisión de esta diferencia de tipos, hecha con el solo fin de averiguar la verdadera intención de tal parte deudora, no compromete sobre esta materia la decisión de la corte, decisión que ella no dará sino más tarde, al fallar en instancia. Segundo.—Que el presente fallo no tendrá más significado que el de casar la sentencia recurrida en atención a que, desde el punto de vista personal de la parte deudora, punto de vista importante cuando se estudia la causa que indujo al contrato, dicha parte estima que se obliga a pagar más de lo debido; pero la infirmación de la sentencia no implica prejuzgamiento sobre el monto de lo que el demandado deba al demandante por capital e intereses. Tercero. Que si los $ 30,000.00 en moneda de plata equivalen o no equivalen a $ 12,000.00 en moneda corriente, o a más o a menos, es cuestión que se definirá en la sentencia de instancia, según el resultado de la aclaración de equivalencia que la corte buscará con un auto para mejor proveer y de la imputación de pagos y abonos en ciertos lapsos. Cuarto.—Que la corte conserva su plena libertad para fallar en instancia, cuando la oportunidad llegue, teniendo en cuenta las pruebas del proceso sobre el fondo de la obligación, los resultados del auto para mejor proveer y el estudio que hará de las distintas faces del litigio.

II

Pero como el deudor no es en este juicio el demandante, y como aún ejercitando la restitución quedaría siempre un saldo en contra suya, sobre las hipótesis contempladas, el señor abogado del acreedor observa en su alegato:

"Va hasta los lindes de lo inaceptable, para emplear un término menos severo del que debiera emplearse, la invocación en esta litis de los artículos 2315 y 2317 del código civil. ¿Cómo puede pretender el doctor Cock que su cliente tenga derecho a repetir lo pagado, que es la suma de seis mil pesos, cuando está debiendo todavía la cantidad de nueve mil pesos por razón de capital y más de tres mil pesos por concepto de intereses? ¿Cómo se atreve a presentar esa tesis descabellada y absurda ante el más alto y respetable tribunal de la república, cuando ni con sus cuentas alegres alcanzaría su poderdante a cubrir con lo pagado la totalidad de la deuda contraída a favor del doctor Luciano Herrera?"

Cree la corte que aunque en derecho textual el deudor no ha promovido acción para que se le restituya lo indebidamente pagado, y que aun cuando debe todavía un saldo del importe de su obligación contraída en el año de 1913, sería ocioso hacerlo pagar el capital de $ 15,000.00, completos, y admitirlo luégo a repetir los $ 3,000.00 de diferencia entre aquella suma y la de $ 12,000.00.

La excepción, que en el fondo es verdadera acción, viene a paralizar los efectos de lo hecho en 1917, y debe paralizarlos en nombre de la justicia.

El derecho a repetir lo indebidamente pagado es un arma de dos filos: le sirve al deudor de acción para recobrar y de excep-

ción para obtener un abono. En lo que está lo más está lo menos. Si ese derecho lo autoriza para atacar, también lo autoriza para defenderse.

Trátase simplemente de un deudor que empezó a hacer abonos a su acreedor con imputación a una suma mayor que la que cree deber, cuando podía, según su concepto, oponer una excepción que rebajara el monto de la deuda. Como la excepción no es temporal sino perpetua, y como no hay en el fondo una obligación natural poderosa a justificar el pago, procede la repetición, si no por activa, a causa de no haber demanda, sí por pasiva para que el saldo debido se fije con vista de las pruebas que fundamenten la excepción.

Y recuérdese que del que da lo que no debe no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho, según claro texto del artículo 2317 del código civil.

El deudor ha pagado al acreedor parte de un total que no debe en su totalidad, según su creencia aludida.

La liquidación hecha en 1917 fue nula por falsa causa, consistente en el falso concepto que el mandatario del deudor tenía sobre el alcance de la ley 65 de 1916, en lo atañedero a obligaciones entre particulares.

III

Admitido que la liquidación obedeció a error sobre un punto de derecho, procede la corte a averiguar si los elementos traídos a los autos con el ánimo de que cimentaran la ratificación tácita —como cartas, cuentas, recibos, propuestas, tenencia por largo tiempo de la escritura, prolongado silencio, etc. —constituyen, acumulados, una prueba indirecta y completa, poderosa a demostrar que el deudor ejecutó voluntariamente la obligación contratada por su mandatario a base de error.

De ratificación expresa no hay para qué hablar, porque ni el actor la ha alegado ni el expediente arroja dato alguno para creer que el reo la hiciera.

Juzga la corte que la ratificación tácita no es válida si los actos que la significan se cumplen bajo la influencia del mismo error que inicialmente estorbó el consentimiento.

¿Por qué así?

Porque la ratificación es un acto jurídico para cuya validez se requieren las cuatro condiciones clásicas: capacidad, objeto, causa y consenso.

No puede consentir el legalmente incapaz, salvo en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Tampoco el capacitado para contratar, si su condescendencia recae sobre objeto ilícito o carece de causa moral. Tampoco el que no ejercita libremente su querer, porque lo presione la fuerza, lo nuble el error o lo engañe el dolo.

Las cartas fueron escritas, los recibos guardados, hechas las proposiciones, conservada la escritura y observado el silencio, durante un largo período en que es de presumirse subsistiera el error.

Verdad que las cláusulas de un contrato se interpretan muchas veces por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra; verdad que acreedor y deudor, unidos y separados, interpretaron la convención en el sentido de que la deuda quedó fijada en $ 15,000.00 moneda legal, merced a la escritura de 1917; pero verdad también, innegable verdad, que aquella aplicación, unilateral en ocasiones y en ocasiones bilateral, estaba afectada del mismo error que le daba entonces y le da ahora derecho a repetir lo indebidamente pagado.

IV

La nulidad como excepción puede hacerse valer en cualquier tiempo, mientras subsista la acción, es decir, durante veinte años. La excepción es necesariamente perpetua, entendiendo por perpetuidad la condición de no perecer mientras exista la acción correspondiente. El derecho de defensa se ejercita cuando viene el ataque.

El plazo para pedir la rescisión es de 4 años, que se cuentan, en el caso de error, desde el día de la celebración del acto o contrato, según el artículo 1750 del código civil.

Pero aquí nadie ha demandado la rescisión. El acreedor ha promovido juicio contra el deudor para que se declare que éste debe a aquél cierta cantidad de dinero. El demandado ha propuesto excepciones. Estas, como se ha dicho, no se acaban mientras haya acción contra la cual oponerse. Luego es tiempo de alegar la nulidad de la liquidación por falsa causa.

Con base en la exposición que precede, juzga la corte que el tribunal de Pasto ha violado la ley sustantiva, así: el artículo 1509 del código civil, sobre error de derecho, por aplicación indebida; el 1524, sobre causa real, por no aplicación; el 2315, sobre repetición de lo que se ha pagado en virtud de error de derecho, por no aplicación; el

1754, sobre ratificación tácita, por interpretación errónea, y el 1750, sobre plazo para pedir la rescisión, por aplicación indebida.

Sin necesidad de estudiar las demás causales aducidas por el recurrente, la corte casará el fallo recurrido.

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,

Falla:

Cásase la sentencia proferida en este juicio por el tribunal superior de Pasto el día 11 de mayo de 1934, pero únicamente en lo que fue materia del recurso, es decir, en las declaraciones primera, segunda y cuarta.

Antes de proferir sentencia de instancia, la corte dictará un auto para mejor proveer, con el objeto de que se pongan en claro ciertos puntos oscuros o dudosos.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y una vez ejecutoriada esta sentencia vuelva el expediente a la sala, con el fin de dictar el auto para mejor proveer.

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en pdd.

REIVINDICACION

Hecha por el reivindicador en la demanda la declaración de que no ha dejado de ser poseedor, el juzgador no puede aceptar que la misma parte tome después, en la secuela del juicio, una posición jurídica contraria a la inicial, y que ese cambio venga a aprovecharle. Si en acción reivindicatoria el demandante afirma que él es el poseedor y se da por tal, no puede pretender después que las pruebas se interpreten en el sentido de que el poseedor es el demandado, ni que la sentencia que absuelve por ese motivo, aplicando el artículo 946 del C. C., le viola por interpretación errónea de las pruebas, porque iría contra la intención misma de la parte que, siendo poseedora, ejercitó la acción que según ese artículo tiende a que se le restituya al dueño la posesión de que carece.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

Hechos pertinentes en casación

El Municipio de Bogotá, por medio de los acuerdos Nos. 46 de 1912 y 2 de 1913, y especialmente por el primero, autorizó a los señores Jorge A. González Ponce y señora Luisa González B. para que urbanizaran un terreno de su propiedad particular con el nombre de "Barrio Ricaurte", destinado para obreros.

En los memoriales que precedieron a los acuerdos, aparece manifiesta la voluntad de los urbanizadores de que el Municipio les permitiera destinar un lote para plaza de ferias, cobrar un pequeño impuesto por las ventas que allí se realizaran, cuyo producto se destinaría a la mejora del barrio, y advirtiendo expresamente que su oferta tiende al beneficio del público y que ellos nada se reservarían para su interés particular.

El Municipio concedió la autorización en la forma ya dicha, y se reservó su intervención tanto en la fijación del impuesto como en su recaudación e inversión. El plano de urbanización fue protocolizado por escritura pública, con determinación del lote destinado a la plaza de ferias; varios vecinos compraron lotes a su rededor, inducidos por la posición aledaña a la plaza; y posteriormente el personero del Municipio declaró por escritura pública que los urbanizadores habían cumplido sus obligaciones.

Estos afirman que el proyecto de realizar ferias de animales en el lote destinado al efecto nunca se llevó a cabo y que en cambio se realizaron dos mercados públicos semanales, con impuesto que cobra el Municipio.

Posteriormente los urbanizadores vendieron el lote destinado a plaza de ferias, al señor Enrique Uribe Mayne, y éste, con ese

título, demandó al Municipio de Bogotá con acción reivindicatoria, en los términos y condiciones que adelante se expresan.

Tanto el Juez del Circuito de Bogotá, en primera instancia, como el Tribunal Superior del mismo Distrito, absuelven al Municipio de los cargos de la demanda, por considerar, en últimas, que éste no es poseedor del lote materia de la acción de dominio. El actor ha recurrido ante la Corte, buscando la casación del fallo.

Motivos de casación

La sentencia viola la ley sustantiva, en los artículos 946, 947, primer inciso; 950 y 952 del código civil, por apreciación errónea y falta de apreciación de determinada prueba; esas pruebas son las que demuestran plenamente, en concepto del recurrente, que el Municipio de Bogotá es el poseedor del lote que se reivindica, a las cuales el Tribunal no les dio su valor legal.

Dice la sentencia acusada: "No se ha demostrado que la entidad demandada esté en posesión del inmueble, y faltando esa comprobación, la acción reivindicatoria no puede prosperar".

El recurrente ataca este fundamento de la sentencia con las siguientes apreciaciones que la Corte sintetiza:

Porque el mismo Municipio demandado, al contestar la demanda, conviene en el hecho de estar en posesión de la plaza; esta confesión del personero municipal no puede desestimarse como la desestima el Tribunal, llevando tan lejos la aplicación del artículo 170 del C. J., porque tratándose de hechos de tan pública notoriedad, como el de la posesión de la plaza por el Municipio, que está a la vista de todos, la confesión del agente del Ministerio Público sí tiene eficacia.

Porque en ello conviene también el Director de Obras Públicas del Municipio, dando en la declaración (folio 15 vto.) la razón de su dicho, y ese empleado, cuya posesión del cargo está comprobada, tiene el control sobre todas las calles y plazas de la ciudad;

Porque el Tesorero Municipal declara (f. 5 vto.) que el Municipio cobra impuestos por los mercados que se efectúan en esa plaza dos días en la semana, acto que sólo puede hacerlo el Municipio y no un particular;

Porque el Municipio ha constituído un mercado público en un lote de terreno del que está en posesión (la plaza que se reivindica);

Porque el señor alcalde de la ciudad, aunque alega el hecho de la posesión, conviene en que el Municipio atiende a la conservación y mejora de la plaza y la administra como bien de uso público, lo cual significa que sí la posee, puesto que sólo creyéndose dueño puede invertirle fondos municipales a la conservación y mejoras, y por regla general nadie administra sino lo que le pertenece;

Y porque corre en autos (f. 14 vto.) el certificado del Jefe del Plano de Bogotá, del cual aparece que la plaza mencionada figura en el plano que levantó el Municipio de Bogotá.

Todas éstas pruebas demuestran, concluye el recurrente, directamente el hecho de la posesión, o siquiera como presunciones (art. 664 del C. J.), o aun como indicios (art. 665 ib.); mas como así no las tomó el Tribunal, sacó la conclusión errónea de que no está demostrada la posesión del Municipio sobre la plaza, y de ahí que infrinja los artículos ya citados del código civil sobre la acción de reivindicación o de dominio.

Los mismos preceptos sustantivos los considera violados el recurrente (capítulo segundo de la demanda de casación) por interpretación o falta de apreciación de una prueba especial, según el siguiente razonamiento:

La sentencia acusada trae a cuento el Acuerdo Nº 10 de 1902 para concluír que los urbanizadores estaban en la obligación de dejar para el Municipio el terreno de una plaza de amplias dimensiones. Ese es un error mediante el cual dejó el juzgador de apreciar determinada prueba, que es el Acuerdo Nº 46 de 1912, especial y posterior al de 1902, conforme al cual acuerdo posterior se consumó la urbanización, se sabe el número de varas cuadradas que debían cederle los urbanizadores al Municipio y que la plaza de ferias materia de la reivindicación precisamente no entraba en la cesión.

Además, dejó de apreciarse, como prueba, la escritura Nº 1187, de cuatro (4) de agosto de 1919, visible a folios 18 a 24 del cuaderno de pruebas del actor, conforme a la cual, y en consonancia con lo dicho respecto del Acuerdo Nº 46 de 1912, la plaza de ferias no entró en la cesión de terreno que los urbanizadores hicieron al Municipio.

Ese acuerdo y esa escritura son, pues, las pruebas que dejaron de apreciarse en la sentencia. Erró el Tribunal, concluye el recurrente, al sostener que los urbanizadores destinaron la plaza para el uso público. Y termina resumiendo así su pensamiento:

"Si, pues, como es exacto, la plaza que se reivindica no es de uso público, si no pertenece al Municipio, ni a ninguna entidad pública, el dominio sobre ella no puede ser

sino del demandante, dominio que ha acreditado plenamente en los autos".

Estudio de los motivos

Como se ve, toda la argumentación del recurso tiende a demostrar que el Municipio de Bogotá es el poseedor del lote o plaza de ferias del "Barrio Ricaurte" y a poner en evidencia el error del Tribunal al no haber estimado como poseedor al Municipio demandado, razón primordial del fallo absolutorio. En efecto, a esa conclusión llega el Tribunal, y por eso lo absuelve de los cargos del libelo, según la siguiente transcripción:

"No se ha demostrado que la entidad demandada esté en posesión del inmueble, y faltando esa comprobación, la acción reivindicatoria no puede prosperar, y esto es suficiente para negar la acción y excusar a la Sala del estudio de los títulos comprobatorios del dominio y de las excepciones propuestas" (f. 26 vto., cuaderno Nº 5).

La Corte observa que la demostración en casación de que el Municipio de Bogotá sí es el poseedor del lote conocido con el nombre de Plaza de Ferias del Barrio Ricaurte, es asumir una posición contraria a la que la misma parte demandante tomó en el libelo de demanda, en donde afirmó que no era poseedor y que tal condición la tenían los demandantes señores González Ponce. En efecto, dicen los hechos 1º, 8º y final del 11º lo siguiente:

Primero.—El Municipio, aunque no es poseedor del lote, sí lo retiene indebidamente a nombre de un uso público que no tiene razón de ser sobre ese inmueble.

"Octavo.—En consecuencia, dicho lote nunca ha salido del dominio y posesión particular de sus dueños;

"Undécimo.—... y en consecuencia viene la demanda que este libelo contiene... para que se ponga al poseedor en la tenencia individual y material de dicho lote" (fs. 15 y 16 del cuaderno Nº 1º).

En la escritura de compraventa a favor del actor, señor Uribe Mayne, Nº 1322, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá, el 27 de octubre de 1921, que éste acompañó al libelo, su cláusula novena consigna la misma constancia al decir los vendedores señores González Ponce; "que en consecuencia, dicho lote nunca ha salido del dominio y posesión" de ellos (f. 3 vto. del cuaderno Nº 1º).

La Corte estima que en presencia de declaraciones tan perentorias sobre una cuestión de hecho, como es la posesión, consignadas por la parte misma en el libelo de demanda, en consonancia, además, con la declaración de la escritura de compraventa a favor del reivindicante, declaración de hecho, que funda su intención y la acción propuesta, el juzgador no puede aceptar que la misma parte tome después, en la secuela del juicio, una posición jurídica contraria a la inicial, y que ese cambio venga a aprovecharle. Ante las confesiones de hechos que contenga la demanda, si en el curso del juicio se demuestra lo contrario, la parte no puede pretender que el Juez funde en los últimos y no en aquéllos, el sentido de su sentencia; porque entonces, o de los hechos invocados en la demanda nace el derecho solicitado, y no demostrándose ellos, o demostrándose los contrarios, lo que procede es absolver al demandado, o no nace el derecho de aquellos hechos, y por este respecto también procede la absolución. Si en acción reivindicatoria el demandante afirma que él es el poseedor y se da por tál, no puede pretender después que las pruebas se interpreten en el sentido de que el poseedor es el demandado, ni que la sentencia que absuelve por ese motivo, aplicando el artículo 946 del C. C., lo viola por interpretación errónea de las pruebas, porque iría contra la intención misma de la parte que, siendo poseedora, ejercitó la acción que, según ese artículo 946, tiende a que se le restituya al dueño la posesión de que carece.

Dadas estas circunstancias, no es erróneo que el Tribunal haya reconocido que el Municipio no tiene la posesión de la Plaza de Ferias, cuando el mismo demandante así lo reconoce en forma expresa y básica del libelo, ni es aceptable el cargo en casación consistente en mala apreciación de pruebas, ni que se hayan violado los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C., que tienden a la restitución de la posesión que el mismo demandante afirma tener.

Observa con acierto el señor Procurador General de la Nación, en su memorial de oposición al recurso, que en vista de la parte final del hecho 11º de la demanda, ésta se encamina sólo "a que se ponga al poseedor (el demandante) en la tenencia individual y material de dicho lote". Esta observación es cierta, y más cuando la demanda se apoya también en derecho en el art. 971 del C. C., que dice así:

"Art. 971.—Las reglas de este título se aplicarán contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

"Claramente se ve, dice el Procurador, que la reivindicación intentada no se dirige contra el Municipio como poseedor, sino co-

mo indebido tenedor o retenedor. Con este supuesto, que es evidente, la casación debió fundarse no en error de apreciación de pruebas sobre la posesión, sino en error de estimación de pruebas sobre la tenencia indebida. El proponer el recurso por una causa distinta de la alegada en la demanda, ya es suficiente para que no prospere" (f. 16, C. de la Corte).

Pero ni aun en este último supuesto del señor Procurador, la casación prosperaría, porque la Plaza de Ferias del Barrio Ricaurte, materia del juicio reivindicatorio, es objeto de una relación jurídica trabada entre el Municipio demandado y los vendedores causantes del actor con anterioridad a la enajenación de su dominio a favor de éste, relación que no puede desatarse como efecto de la reivindicación del causahabiente de los urbanizadores.

Aquella relación jurídica no está sub judice, ni, por tanto, debe ser tratada en la decisión del recurso de casación contra una sentencia a que es extraña. La Corte se refiere a ella de manera incidental, por la íntima vinculación con la tesis planteada en el juicio.

En vista de las reiteradas propuestas de los señores González Ponce al Concejo de Bogotá, éste convino en la urbanización del barrio llamado de Ricaurte, en las condiciones determinadas por los Acuerdos Nos. 10 de 1902, 46 de 1912 y 2 de 1913 (folios 6 vto. a 8 del cuaderno Nº 3).

Los antecedentes que precedieron a la expedición de uno y de otro acuerdo, con sus ofrecimientos y restricciones de parte de los solicitantes, y los Acuerdos mismos que constituyen parte de la legislación general vigente sobre la materia en cuanto aquéllos no fueran modificados expresamente por esos acuerdos especiales, de parte del Municipio, constituyen el contenido y extensión del vínculo jurídico que rige las relaciones entre los urbanizadores y el Municipio de Bogotá.

De los memoriales-antecedentes de fecha 28 de junio y 23 de agosto de 1912, aparece manifiesta la voluntad de los urbanizadores de que el Municipio les permitiera, como condición de su propuesta de urbanización del barrio, destinar el lote en cuestión y de su propiedad particular para plaza de ferias, y cobrar un pequeño impuesto por la ventas que allí se realicen, con destino a mejorar el barrio, y advierten que su oferta tiende al beneficio del público y que nada se reservan para su interés particular (fs. 8 a 9, cuaderno Nº 3).

El Municipio concedió la autorización en la forma determinada por el artículo 3º del acuerdo Nº 46 y se reservó su intervención tanto en la fijación del impuesto como en su recaudación e inversión. El plano de urbanización fue protocolizado por escritura pública, lo que implica su publicidad para conocimiento de los habitantes, con determinación de la Plaza de Ferias; varios vecinos compraron lotes aledaños a esa plaza, inducidos por su ubicación en el marco de ella, y construyeron habitaciones; y posteriormente, el Personero del Municipio declaró, por escritura pública, que los urbanizadores habían cumplido sus obligaciones.

Con estos antecedentes, la Corte considera:

Que por razón de las reiteradas peticiones de los urbanizadores al Concejo de Bogotá, y de los Acuerdos Nos. 10 de 1902, 46 de 1912 y 2 de 1913, hubo un concurso de voluntades, válidamente expresado por personas capaces y aceptado por parte del Municipio por el órgano de autoridad competente, como es el Cabildo, y en cuestión afecta por el C. P. y M. a su competencia, en el sentido de que un lote determinado, que una y otra parte denominaron plaza de ferias, lo destinarían sus dueños, que eran y son los urbanizadores, al fin designado con aquel nombre, y que el impuesto que de acuerdo con el Municipio podrían fijar, cobrar y recaudar, todo con intervención del Cabildo, se destinaría a beneficio del mismo barrio urbanizado;

Que el fin a que destinaban los urbanizadores la llamada plaza de ferias, no era extraño ni podía serle indiferente al Municipio, así por razón del provecho que de ello reportara el público, del incentivo para los posibles vecinos del barrio, como porque a las autoridades municipales les corresponde legalmente ejercer ciertas funciones sobre los bienes a que el público tenga acceso;

Que según el artículo 200 del C. P. y M., "los bienes que por su fundación u origen estén destinados a un objeto especial no podrán tener en ningún caso otra aplicación", y así, mientras los urbanizadores y el Municipio no modifiquen de común acuerdo y sin perjuicio de terceros aquello en que convinieron en 1912 y 1913, aparece manifiesta la destinación del lote a un "objeto especial" que se deduce de su nombre "plaza de ferias".

Que acordadas ciertas relaciones que implican un vínculo entre las partes por virtud de las propuestas y de los acuerdos en que se concretaron las voluntades, la aprobación de un plano con ese lote destacado como plaza de ferias, y su protocolización en notaría pública, quedó empeñada la fe del Municipio y de los urbanizadores para

con terceros indeterminados como son los habitantes de Bogotá.

Que teniendo como base tales antecedentes jurídicos, la voluntad de las partes se manifestó luégo en signo público y notorio, que implica una ejecución de lo convenido, una realización del Acuerdo, que es la existencia de una plaza, por lo pronto abierta en la misma forma notoria de una de las de uso público, y muchos vecinos compraron a su rededor, con frente a dicha plaza, construyeron y allí existen la plaza y sus construcciones aledañas, según constancias del expediente y verificación que hizo el Tribunal Superior de Bogotá, mediante inspección ocular con testigos;

Hay que concluir, de las consideraciones anteriores, que el demandante en este juicio, sucesor de los urbanizadores a título singular, no puede desconocer el vínculo que liga al Municipio con sus antecesores y que comporta una cierta afectación del lote a fines que aprovechan al público y que interesan a terceros, vínculo ése que es una traba para que mediante la prosperidad de la presente acción reivindicatoria, que impide la realización del fin que las partes se propusieron; y cualquiera que sea dicha afectación anterior, el adquirente no puede recibir más derechos que los que su tradente tenía sobre la cosa, ni desconocer las relaciones con fuerza obligatoria que ligaban a su tradente con el Municipio de Bogotá.

De lo dicho se desprende que no es óbice para la subsistencia del vínculo jurídico entre los urbanizadores y el Municipio, el cual impide que la acción reivindicatoria sea viable, el que la escritura Nº 1187 de 4 de agosto de 1919 no haya trasmitido, como en efecto no trasmitió a favor del Municipio la propiedad del lote o Plaza de Ferias, ni es óbice tampoco que en el Acuerdo Nº 46 de 1912 no se haya partido de la base de que dicha propiedad fuera trasmitida al Municipio. Ni las partes militantes en el juicio, ni el sentenciador pretenden y afirman lo contrario. Esos dos documentos han surtido normalmente sus efectos en el juicio, y sin necesidad del supuesto error alegado por el recurrente, la acción reivindicatoria no tiene cabida y no se han violado los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C., como consecuencia de un error en que el Tribunal no ha incurrido.

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia acusada, de fecha 27 de abril de 1934 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio reivindicatorio promovido por Enrique Uribe Mayne contra el Municipio de Bogotá, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. El Conjuez, José Arturo Andrade. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ETICA FORENSE.—ACCIONES DE NULIDAD DE UN DOCUMENTO Y DE UN JUICIO EJECUTIVO

Cuando una sentencia es acusada de haber violado ley sustantiva por errónea interpretación de determinada prueba, es indispensable, de acuerdo con la primera causal de casación que reconoce el artículo 520 del Código Judicial, que el pretendido error aparezca de modo manifiesto en los autos. El legislador ha sentado normas de rigurosa ética para el ejercicio de la representación y para el desempeño del mandato. No hay ninguna ley que prohiba al apoderado judicial de un acreedor, en el concurso abierto a los bienes del deudor, llevar alguna participación en los beneficios que obtenga, por causa de remate, la tercera persona compradora en pública almoneda de inmuebles pertenecientes al concurso, así estén ellos especialmente afectos al cumplimiento de obligaciones a favor del mandante. La dualidad prohibida por el artículo 2170 del Código Civil —que la expresa autorización del mandante hacía lícita— no engendra nulidad absoluta. Tal precepto sólo mira al interés particular del mandante. Para que sea ilícito el motivo que induce al acto o contrato, es necesario que ese motivo esté prohibido por la ley o contraríe al orden público o a las buenas costumbres. Los códigos sobre ética forense son muchísimo más rígidos que los penales y que las reglas de moral cuya observancia constituye el sentido de las buenas costumbres: así, ejemplígracia, quien le dice a otro ESTÚPIDO, puede pecar contra la delicadeza que es norma de los códigos de ética forense, mas no ejecutará un acto contrario a las buenas costumbres en el sentido en que las toma el artículo 1524 del Código Civil. El mandatario de un acreedor, que sin traicionar a éste y sin perjudicarlo en lo más mínimo, interesa a un tercero en el remate de bienes hipotecariamente obligados a su poderdante y obtiene por ello una remuneración fija o eventual, no ejecuta un acto ilícito sancionado con la nulidad absoluta, aunque su conducta pueda ser indelicada o censurable ante las reglas de ética forense. No es procedente en casación la alegación de medios nuevos ni puede estudiar la Corte disposiciones legales que no fueron invocadas oportunamente en la demanda de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, primero de octubre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por documento privado de fecha 22 de enero de 1925, suscrito en Bogotá, declaró Evaristo Garzón ser deudor de Ramón Vanegas Mora por la cantidad de $ 8,000.00.

"Procede esta cantidad", dijo el deudor, "de negocios que tuve con mi acreedor y que hoy hemos liquidado con este saldo a mi cargo".

El crédito a que se refiere tal documento fue cedido por Vanegas Mora a José Alberto Obregón, con fecha 25 de julio de 1927.

El cesionario Obregón demandó en juicio ejecutivo al deudor Garzón por la cantidad de $ 4,868.11, más los intereses a partir del 31 de octubre de 1925 hasta el día en que se hiciera el pago.

Según el mandante, a tal suma quedó reducido el importe del documento, por capital, en 31 de octubre de 1925, a causa de haber hecho el deudor dos abonos: uno por $ 1,760.00 en el valor de un pagaré; y otro por $ 1,936.80 en dinero.

Por memorial dirigido al juzgado 6º del circuito de Bogotá, Obregón manifestó que cedía a Vanegas Mora "el valor del crédito por capital, intereses y costas, es decir, la totalidad de lo a que asciende el juicio" (f. 50).

Evaristo Garzón murió.

Por auto de fecha 17 de noviembre de 1930, dictado por el juzgado 5º del circuito de Bogotá, fue reconocido Julio César Garzón S. "como heredero del causante Evaristo Garzón, en su condición de hijo legítimo y sin perjuicio de terceros".

Julio César Garzón S. demandó en juicio ordinario a Vanegas Mora, por libelo fechado el 18 de noviembre de 1932, para que se hicieran estas declaraciones:

a)—Que son nulos el documento privado de fecha 22 de enero de 1925, suscrito por Evaristo Garzón a favor de Vanegas Mora, por la cantidad de $ 8,000.00 moneda corriente, y la obligación contenida en ese documento;

b)—Que es nulo el juicio ejecutivo propuesto por Obregón, como cesionario de Vanegas Mora, contra Evaristo Garzón, ante el juzgado 6º del circuito de Bogotá, por lo cual deben reponerse las cosas al estado en que se hallaban cuando fue promovido tal juicio;

c)—Que Vanegas Mora debe entregar a la sucesión de Evaristo Garzón, o a quien sus derechos represente, dentro del término legal, las cantidades de $ 1,936.80 y $ 1,760.00, moneda corriente, que recibió en el año de 1925, con sus intereses al tipo del 1%

mensual, desde que esas cantidades fueron recibidas hasta que se efectúe el pago de ellas;

ch)—Que Vanegas Mora debe pagar a la sucesión de Evaristo Garzón, o a quien represente sus derechos, los perjuicios que por los mencionados motivos ocasionó, primero a Evaristo Garzón y luégo a su sucesión y a sus herederos, perjuicios que serían estimados en el curso del juicio ordinario o en un juicio especial, y

d)—Que Vanegas Mora debe pagar las costas del juicio ordinario.

En su demanda, Garzón S. relata. entre otros antecedentes de que ya se ha hecho mérito, los siguientes:

1º—El de que Vanegas Mora y Evaristo Garzón celebraron un contrato de sociedad para la compra en pública subasta de un inmueble perteneciente a Emiliano Páez, contra quien se siguió un juicio de concurso de acreedores.

2º—El de que ese contrato de sociedad consistió en que Evaristo Garzón, noticiado por Vanegas Mora de que el inmueble se ofrecería a la venta en subasta pública, haría postura como licitador con el fin de obtener la adjudicación de tal inmueble, y luégo, al revenderlo por mayor suma, haría participante a dicho Vanegas Mora de las utilidades que produjera el negocio.

3º—El de que "la susodicha suma de ocho mil pesos de la obligación de Garzón a su favor (de Vanegas Mora), vino a representar su cuota en las utilidades de la compañía".

4º—El de que en el juicio de concurso de acreedores, formado a los bienes de Emiliano Páez, Vanegas Mora fue apoderado de la señora Clementina Sotomayor de Sampedro, carácter de que estaba investido el día 19 de junio de 1911, en que se efectuó el remate.

5º—El de que el inmueble rematado estaba especialmente afecto al pago de una deuda contraída por Emiliano Páez en favor de la señora Clementina Sotomayor de Sampedro.

6º—El de que el crédito a favor de la señora Sotomayor de Sampedro "quedó insoluto en mucho más de la mitad".

7º—El de que "a la citada compañía, según confesión de Vanegas Mora, él no aportó dinero, ni ninguna otra especie; sólo su colaboración de abogado o intelectual a efecto de obtener el remate por un precio bajo, como en realidad aconteció".

El demandante hace estos comentarios:

"No habiendo aportado Ramón Vanegas Mora a la compañía que dice haber formado con Evaristo Garzón para el remate del lote, dinero, ni otra colaboración apreciable en dinero, sino únicamente su contingente de abogado, según él, y estando este contingente comprometido en el todo para con su mandante señora Sotomayor, mal podía este contingente ser prestado a favor de una compañía de intereses opuestos a los de su mandante. En consecuencia, no habiendo podido aportar Vanegas Mora ni siquiera ese concurso de abogado, por tenerlo comprometido con su mandante, a la compañía que dice haber formado con Garzón, por estarle vedado, tal compañía no tuvo existencia, y no habiendo tenido existencia, mal podía liquidarse, y si se liquidó y esa liquidación en la parte favorable a Vanegas Mora quedó representada en la obligación que le firmó Garzón, esta obligación no tiene causa o es ilícita. Además, el 22 de enero de 1925 o día en que Garzón firmó la obligación, éste estuvo incapacitado para expresar libremente su voluntad con respecto a la obligación que suscribió, bien por sufrir desequilibrio mental debido a la enfermedad que entonces le aquejaba, bien por estar atemorizado, debido a la sugestión que por parte de Vanegas Mora se le hacía sobre posibles pleitos de familia, que perdería si él no lo defendía, ora porque en la firma de esa misma obligación se emplearon, además de los medios apuntados, otros dolosos por parte de quien se ha beneficiado de la obligación suscrita".

Vanegas Mora presentó su escrito de contestación a la demanda el día 6 de diciembre de 1932.

El demandado reconoce que la obligación a que se refiere el aludido documento de 22 de enero de 1925, proviene de cuentas suyas con Evaristo Garzón, entre las cuales figura una procedente del negocio celebrado por los dos sobre remate de un inmueble en el concurso de Emiliano Páez.

Dice el demandado que para ese negocio no aportó suma alguna de dinero, pero afirma que sí llevó su contingente en distintos servicios, y niega que el día en que Evaristo Garzón firmó el documento por $ 8,000.00, estuviera este señor incapacitado para expresar libremente su voluntad.

En sentencia de 16 de octubre de 1933, dictada por el juzgado 6º del circuito de Bogotá, fueron negadas todas las peticiones de la demanda, y, en consecuencia, absuelto el demandado de todos los cargos que en ella se le formularon.

Son tres los fundamentos del fallo de primera instancia:

I.—Vanegas Mora no se obligó para con Garzón a hacer que el lote fuera rematado por bajo precio. Ni el demandado ha dicho esto, ni el actor lo probó. La prestación de sus servicios no fue ilícita por el hecho de ser mandatario de la señora Sotomayor de Sampedro en el juicio en que tal remate se efectuó. La posible ganancia pudo resultar de la natural valorización del inmueble. Suponiendo que la convención adoleciera de nulidad, sería imposible declararla por cuanto no se probó que ella hubiese sido la única causa de la firma del documento, y por consiguiente no podría saberse hasta dónde era nula y desde qué cantidad era válida.

II.—No hay prueba de que la convención tuviera el carácter de sociedad. Suponiendo ese carácter, el hecho de que Vanegas Mora no hubiese aportado dinero al negocio nada probaría ello contra la nulidad de éste, puesto que las aportaciones pueden consistir en servicios, que el juzgado no estima ilícitos.

III.—Hay carencia total de prueba sobre el hecho de que Evaristo Garzón sufriera desequilibrio mental cuando contrajo la obligación a que se refiere el documento. Tampoco se ha probado que Vanegas Mora sugestionara a aquél para que firmase tal documento.

Garzón S. apeló de este fallo.

El tribunal superior de Bogotá, por sentencia fechada el 17 de julio de 1934, confirmó el fallo apelado.

El tribunal estudió primero lo concerniente a la acción de nulidad en cuanto se apoya en que Evaristo Garzón estaba, cuando firmó el documento, "incapacitado para prestar libremente su voluntad con respecto a la obligación que suscribió, bien por sufrir desequilibrio mental debido a la enfermedad que lo aquejaba, bien por estar atemorizado, debido a la sugestión que por parte de Vanegas Mora se le hacía sobre posibles pleitos de familia, que perdería si él no lo defendía, ora porque en la firma de esa obligación se empleara, además de los medios apuntados, otros dolosos por parte de quien se ha beneficiado de la obligación suscrita".

Observa el tribunal que este hecho fundamental no fue probado por el actor, pues considera que en el juicio no aparece ni el más leve indicio de que Evaristo Garzón sufriera, en la fecha en que suscribió el documento, una perturbación mental, o que el temor o el dolo hubieran influido en su ánimo "en grado tal que fuera suficiente a anular su voluntad o consentimiento".

En segundo lugar estudió el tribunal lo concerniente a la falta de causa, o a la ilicitud en la causa de la obligación que consta en el documento de 22 de enero de 1925, y concluyó diciendo que tampoco ese fundamento de la demanda aparece establecido en el juicio. En este punto, el tribunal acogió, como base de su fallo, algunos razonamientos sacados de la sentencia de excepciones proferida en el juicio ejecutivo de José Alberto Obregón contra Evaristo Garzón, razonamientos que pueden resumirse así: la oportunidad proporcionada por Vanegas Mora a Garzón, notificándolo del futuro remate; su consejo de hacer postura; su esfuerzo, en fin, con el propósito de que realizara un buen negocio, son servicios que no por intelectuales dejan de traducirse en dinero. Pero este punto carece de importancia, porque el negocio no tiene el carácter de sociedad. Es un contrato innominado, aunque perfectamente válido porque reúne los cuatro requisitos exigidos por el artículo 1502 del código civil. Se rechaza el supuesto de ser ilícita la convención, en vista de que el abogado de la señora Sotomayor de Sampedro obró en ejercicio de una actividad perfectamente lícita, pues fuera de que ninguna disposición positiva le vedaba celebrar el acuerdo, que no es perjudicial a los intereses de aquélla, tampoco es censurable bajo un criterio más estricto de orden moral. Vanegas Mora buscó un rematador que en el libre juego de la licitación rematara el inmueble. Su deber era buscarlo. Le presentó a Garzón la oportunidad de un buen negocio, y al pactar con éste una participación en las utilidades no quebrantó las normas del mandato ni le ocasionó daño al patrimonio del mandante.

Garzón S. interpuso recurso de casación contra esta sentencia del tribunal de Bogotá, formuló la demanda con fecha 2 de marzo del presente año, e hizo su exposición oral en audiencia pública el día 21 del mes en curso.

Ataca el recurrente la primera razón del fallo —falta de prueba sobre vicios del consentimiento— invocando los artículos 1513, 1514, 1515 y 1769 del código civil, que estima violados por error en la apreciación como prueba y de estos dos pasos del alegato presentado en la primera instancia por el mandatario de Vanegas Mora:

"Algún tiempo más tarde, en los primeros días de 1925, ocurrió el señor Garzón a la oficina del doctor Vanegas Mora; le significó que el doctor Julio César Garzón, con un

amor filial admirable, lo perseguía por todos los medios posibles, judicial y extrajudicialmente, y que había sembrado diferencias en su hogar, a punto de que su señora, madre del doctor Julio César Garzón, le iba a demandar en juicio de separación de bienes. Le suplicó asimismo, con lágrimas en los ojos, que volviese a apoderarlo. El doctor Vanegas Mora respondió que no tenía inconveniente, siempre que se arreglasen sus cuentas pendientes, especialmente las referentes a la negociación del lote".

"Tras varias conversaciones y arreglos fue convenido en que Garzón pagaría a Vanegas Mora, como saldo definitivo de tales cuentas, ocho mil pesos ($ 8,000.00); Garzón pidió un plazo para el pago, que le concedió Vanegas Mora cuando (sic) nuevamente el error de creer, por las circunstancias anotadas, que Garzón cumpliría esta vez con sus obligaciones. Tál es la causa cuya nulidad demanda el doctor Julio César Garzón".

Cree el recurrente que la prueba del desequilibrio mental de Evaristo Garzón y la de que fuese víctima de fuerza o dolo cuando firmó el documento en favor de Vanegas Mora, se hallan en los dos preinsertos pasajes del alegato presentado por el mandatario de éste.

La corte considera:

El recurrente no ha demostrado haber incurrido el tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, como lo exige el artículo 520 del código judicial, cuando se acusa una sentencia de ser violadora de ley sustantiva por apreciación errónea de determinada prueba. Se ha reducido a decir que el tribunal incidió en error al apreciar los preincorporados párrafos; a citar como infringidas algunas disposiciones civiles que versan sobre fuerza y dolo, y a invocar aquella otra que establece como prueba la confesión hecha en juicio por la parte o por medio de apoderado, relativa a un hecho personal de la misma parte.

Pero dicho recurrente no ha demostrado que el error aparezca de modo manifiesto en los autos. Ni siquiera que hubiese error.

El tribunal estudió esos dos párrafos del alegato, los apreció cuidadosamente y concluyó diciendo que en ellos no podía apoyarse un fallo judicial para dar por probados el desequilibrio mental, el dolo y la sugestión. Observó que de esos dos párrafos nada se deduce, ni un indicio levísimo, y dijo que si ellos se tomaran como prueba de desequilibrio o de los alegados vicios de consentimiento, se cometería un máximo error.

No cree la corte que en esta apreciación haya incurrido el tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, y, por lo tanto, desecha la primera causal aducida por el recurrente.

Ataca el recurrente el segundo fundamento de la sentencia —causa real y lícita en la obligación a que se refiere el documento— invocando los artículos 2170, 1502 (ordinal 4º), 1740 y 1741 del código civil, que juzga violados por infracción directa y por no aplicación. En cuanto al 2170, agrega un motivo que él llama "apreciación errónea".

La corte considera:

El legislador ha sido consecuente en la insistencia con que provee a la defensa de los representados y de los mandantes, prohibiendo la ejecución de aquellos actos en que pueda peligrar la imparcialidad de los representantes o de los mandatarios, así:

Prohibe a los guardadores comprar bienes de sus pupilos, o tomarlos en arriendo; prohibe el contrato de venta entre el padre y el hijo de familia; prohibe a los empleados públicos comprar los bienes que se vendan por su ministerio, y a los jueces y secretarios, los bienes en cuyo litigio han intervenido; prohibe a los síndicos de concurso y a los albaceas tomar prestados los dineros del concurso o de la sucesión; prohibe a los corredores toda especie de negociación o tráfico sobre los objetos que hacen la materia habitual de sus operaciones; prohibe a los corredores adquirir para sí las cosas cuya venta les haya sido encargada; prohibe a los martilleros tomar parte en la licitación o adquirir del rematador lo que éste hubiere rematado en el martillo; prohibe a los socios colectivos aplicar los fondos comunes a sus negocios personales; prohibe al mandatario comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender o vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.

La anterior recapitulación, seguramente incompleta, pone de relieve la insistencia del legislador en sentar normas de rigurosa ética para el ejercicio de la representación y para el desempeño del mandato.

A pesar de tan marcada insistencia, no hay ninguna ley que prohiba al apoderado judicial de un acreedor, en el concurso abierto a los bienes del deudor, llevar alguna participación en los beneficios que obtenga, por causa de remate, la tercera persona compradora en pública almoneda de inmuebles

pertenecientes al concurso, así estén ellos especialmente afectos al cumplimiento de obligaciones a favor del mandante.

Por no existir esa ley especial, se vio en la necesidad el recurrente de citar como infringida la disposición que prohibe al mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandandante le ha ordenado vender, o vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante.

Esta es la prescripción del artículo 2170 del código civil.

El tribunal no la ha violado en ningún concepto.

La señora Sotomayor de Sampedro no ordenó, ni podía ordenar a Vanegas Mora que vendiera el inmueble perteneciente a Emiliano Páez, gravado con hipoteca para garantizar una obligación de éste en favor de aquélla. Tal inmueble, que debió hallarse bajo la administración del síndico, fue ofrecido en pública subasta, a petición de Vanegas Mora, eso sí, pero como natural avance en el desarrollo del concurso. No lo vendieron la acreedora, ni el mandatario de ésta, ni el concursado personalmente. En la entrega que siguió al remate, representó el Juez al deudor tradente. La venta forzada y la tradición fueron hechas por ministerio de la justicia.

La mandante no era el único interesado en que por medio de la licitación se obtuviera un alto precio. Compartían el interés por la mejor postura dicha mandante, el deudor, los dueños de créditos de la primera clase, y, en general, la masa de acreedores.

Vanegas Mora no representó simultáneamente en el juicio a alguno de tales interesados, por una parte, y por otra parte al rematador Evaristo Garzón.

La dualidad prohibida por el artículo 2170—que la expresa autorización del mandante haría lícita— no engendra nulidad absoluta. Tal precepto sólo mira al interés particular del mandante.

Si, de acuerdo con lo expuesto, para que el artículo 2170 sea infringido por el mandatario, es preciso que éste compre las cosas que el mandante le ha ordenado vender o venda de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar; si la señora Sotomayor de Sampedro no ordenó, ni podía ordenar, a Vanegas Mora que vendiera el inmueble de Emiliano Páez, hipotecariamente obligado a aquélla; si Vanegas Mora no compró ese inmueble ni tampoco vendió de lo suyo a su comitente; si imaginando alguna nulidad en la venta, no comprobada, esa nulidad no es objeto de la demanda ni podía alegarse por persona distinta de la en cuyo beneficio fue establecida; si todo ello resulta claro, es injurídico afirmar, como lo afirma el recurrente, que el tribunal violó el artículo 2170 del código civil.

Deséchase, por este concepto, la segunda de las causales alegadas.

En apoyo de la misma causal, invoca el recurrente los artículos 1502 (ordinal 4º), 1524, 1740 y 1741 del código civil, que estima directamente infringidos y no aplicados por el tribunal.

La primera disposición establece que una persona no puede obligarse a otra por un acto o declaración de voluntad, sin que para ello tenga causa lícita.

La segunda disposición define la causa y exige que ésta sea real y lícita.

La tercera disposición dice ser nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes.

La cuarta disposición enseña que la nulidad producida por una causa ilícita es nulidad absoluta.

Estos cuatro preceptos han sido citados con el propósito de sostener que la negociación celebrada entre Evaristo Garzón y Vanegas Mora, conocida de autos, es nula absolutamente por ilicitud en su causa, pues demostrado, dice el recurrente, "que el señor Vanegas Mora no podía intervenir a la vez para su poderdante señora Sotomayor y para sí, derivando de aquélla honorarios y por este concepto utilidades, en el remate del lote, está demostrado que hubo ilicitud, y demostrada esa ilicitud la consecuencia lógica es la de que la obligación a cargo de Garzón carece de causa o es ilícita y por lo mismo nula. En presencia de estos hechos el tribunal no podía obrar de distinta manera a como se lo ordenan las disposiciones citadas; es decir, ha debido declarar la nulidad y sus consecuenciales, y como no lo hizo la sentencia es violatoria de ley sustantiva, y, por lo mismo, debe casarse, dictándose la que debe reemplazarla legalmente".

La corte considera:

Para que sea ilícito el motivo que induce al acto o contrato, es necesario que ese motivo esté prohibido por la ley o contraríe el orden público o las buenas costumbres.

Descartada la prohibición legal, que para el caso no existe según lo dicho, y descartado también cuanto concierne al orden público, materia extraña al negocio, se procede a averiguar si han sido contrariadas las buenas costumbres.

Conviene recordar que los códigos de ética forense elaborados por las academias de jurisprudencia, por las asociaciones profesionales, por los colegios de abogados o por simples juristas celosos del buen nombre que ha de acompañar a quienes ejercen la abogacía, son códigos muchísimo más rígidos que los penales y que las reglas de moral cuya observancia constituye el sentido de las buenas costumbres. Es natural el mayor rigor de las normas sobre ética forense, porque éstas no sólo condenan lo ilícito sino también lo que no se ajusta a la más extrema delicadeza, y, en multitud de ocasiones, lo que aun siendo delicado puede ser apenas imprudente o contrario a la estética profesional y a la fama de que deben gozar quienes siguen la carrera del foro. Sean ejemplos: el abogado que tacha de estólido a su contrario no comete ciertamente un delito. Tampoco quebranta la ley penal el que compra a su cliente derechos litigiosos en la misma causa que ha puesto sub judice. Pero con el vocablo rudo falta a la delicadeza y con la adquisición de los derechos en litigio se expone a ser mal juzgado. Todos estos actos, y muchos otros por el estilo, implican violación de la ética forense pero no son contrarios a las buenas costumbres en el sentido en que las toma el artículo 1524 del código civil.

El mandatario de un acreedor, que sin traicionar a éste y sin perjudicarlo en lo más mínimo, interesa a un tercero en el remate de bienes hipotecariamente obligados a su poderdante y obtiene por ello una remuneración fija o eventual, no ejecuta un acto ilícito sancionado con la nulidad absoluta, aunque su conducta pueda ser indelicada o censurable ante las reglas de ética forense.

Al mandatario Vanegas Mora no se le acusa de haber obtenido el retiro de licitadores, o evitado pujas, o mantenido en secreto la licitación. Absolutamente no. El, que no estaba obligado a comunicar a Garzón particularmente la oportunidad de hacer un buen negocio rematando cierto inmueble, bueno porque el avalúo fuese bajo o por otra causa cualquiera, inició ese negocio y obtuvo el reconocimiento de una cuota eventual en los beneficios que la operación produjera. La corte no aprueba esta conducta del abogado, ni siquiera prescinde de considerarla desacordada y peligrosa; pero conceptúa que ella no cae bajo la sanción de ningún precepto legal.

Insiste el recurrente en que Vanegas Mora perjudicó a su mandante Sotomayor de Sampedro. Pero ni en los autos hay prueba de la lesión ni la presunta lesionada es parte en el juicio. Hasta donde alcanzan los datos recogidos en el proceso, la actuación de Vanegas Mora procuró un postor. Y este postor no fue el único que concurrió a la subasta.

Nótese que conforme a la legislación vigente en la época de la venta forzada, abundaban los medios de publicidad en orden a obtener la concurrencia de licitadores: anuncios al público por carteles y por la imprenta, con noticia del avalúo; designación de los bienes raíces por sus linderos y demás circunstancias que los dieran a conocer precisamente; pregones preparatorios; pregones de las pujas sucesivas; previo aviso sobre clausura del remate, etcétera, etcétera. Nótese asimismo que conforme a la anterior legislación procesal, no existía procedimiento alguno tan abierto y de tan fácil acceso a terceros como el juicio sobre concurso de acreedores, en el cual, aparte de la publicidad susodicha, había edictos especiales, muchas veces insertos en los periódicos; había intervención de depositarios y de síndicos; había convocación a juntas generales, y había la notoriedad propia de un juicio universal.

El apoderado de Vanegas Mora dice que "el señor don Evarsito Garzón vio el lote y comprendió también la bondad del negocio; entró, al efecto, en el remate; pero como éste valía menos de (sic) crédito, se convino privadamente en que daría una suma mayor a la del remate, para que la señora Sotomayor de Sampedro pudiera ser pagada de su crédito y el mismo remate no se perdiera".

En carta que Vanegas Mora dirige a Garzón con fecha 17 de noviembre de 1920, dice así: "Por lo que hace a los $ 650.00 usted y yo hablamos confidencialmente sobre ellos y usted remaró (sic) a sabiendas de que ellos hacían parte del valor del remate. Todo esto es así por más que no lo recuerde usted".

En el extracto de la cuenta que Vanegas Mora pasó a Evaristo Garzón se lee esta partida en el Debe: "Dado por resto del valor del remate del lote s/. cuenta de D. Evaristo, $ 65,000.00".

Aquellos pasos del alegato y de la carta y esta partida de la cuenta no son prueba de que Vanegas Mora se apropiara los $ 625.00 que Evaristo Garzón desembolsó por causa del remate como adición a los $ 1,000.00 que se hicieron figurar en la diligencia. Lo natural es pensar que Vanegas Mora pagó esos $ 650.00 a su poderdante Sotomayor de Sampedro, a quien naturalmente pertenecían.

El lote fue avaluado judicialmente en la cantidad de $ 1,443.00. Las dos terceras partes de este avalúo ascienden a la cantidad de $ 962.00. No se sabe cuánto ofreció el postor Carlos Vélez M., pero sí hay prueba de que "después de varias pujas y repujas entre los proponentes el señor Evaristo Garzón puso la finca en la suma de $ 1,000 oro, oferta que le fue admitida y anunciada al público por repetidas veces siempre que fuera mejorada: por lo cual siendo llegada la hora de las 3,15 p. m., el señor Juez dispuso se apercibiera a remate, lo que así se verificó por primera, segunda y tercera vez, y como en ninguno de estos anuncios fuera mejorada la propuesta hecha por el señor Evaristo Garzón, el señor Juez, de acuerdo con el artículo 741 del C. C. y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declaró verificado el remate y adjudicada la finca relacionada al señor Evaristo Garzón, por la suma de mil pesos ($ 1,000.00), como mejor postor en la venta que en pública subasta acaba de verificarse..." (folios 69 vuelta y 70).

Como se ve, de acuerdo con la diligencia de remate Evaristo Garzón pagó por el inmueble algo más de las dos terceras partes del avalúo, y si se atiende a los mencionados alegatos, carta y partida de la cuenta, tal rematante pagó en realidad por dicho inmueble algo más del precio fijado por los avaluadores. Imposible resulta, en vista de todo ello, concluir que Vanegas Mora perjudicó a la señora Sotomayor de Sampedro con sus gestiones encaminadas a obtener que Evaristo Garzón rematara el lote. De la diligencia del remate y de las piezas aludidas resulta lo contrario.

El negocio sobre remate del lote aparece descrito de este modo al final del extracto de la cuenta: "Garzón daría $ 165,000.00 por el lote, y vendido luégo, la utilidad que produjera se distribuiría entre Vanegas Mora y Garzón por partes iguales..." (folio 157).

Ya se ha dicho que la dualidad prohibida por el artículo 2170 no engendra nulidad absoluta. Apenas relativa. Tal precepto mira al interés particular del mandante más bien que al interés público. La nulidad no podría alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio se entiende establecida, o por sus herederos o cesionarios. El lapso de tiempo y la ratificación de las partes serían poderosos a sanearla.

Al argumento de que el convenio Garzón-Vanegas Mora adolece de nulidad absoluta por el extremo de haber intervenido en ella una causa ilícita, consistente en que se juzgue que el mandatario violó el artículo 2170 del código civil, se contesta diciendo que el silencio de la mandante mientras corrió el cuatrenio legal equivale en sus efectos a la aprobación expresa que ese artículo exige. Suponiendo que inicialmente hubiese nulidad relativa, porque se juzgue que el mandatario faltó a la lealtad debida a su mandante, no es jurídico inferir de ello ilicitud en la causa de la convención celebrada entre el mandatario y el rematante, puesto que el transcurso de más de cuatro años a contar del remate vale tanto en derecho como valieran la autorización explícita de la mandante o su aprobación expresa.

Para refutar el argumento sobre carencia de causa, fundado en que Vanegas Mora, al noticiar del remate a Evaristo Garzón, no hizo más que servir a su mandante, basta observar que publicados los remates en la forma prescrita por las leyes, los abogados de los acreedores no tienen la obligación de salir personalmente en busca de postores. Y si se arguye que la noticia al presunto rematante y el consejo y la propuesta de que hiciera postura, aunque no obligatorios, una vez hechos aprovecharon a la mandante a cuyo servicio estaba el mandatario remunerado, actividades por las cuales no podía éste ser dos veces pagado, una por la cliente y otra por el rematante, basta responder lo siguiente: es razonable pensar que Garzón no ignoraba tales circunstancias y que sin embargo de no ignorarlas quiso voluntariamente recompensar a Vanegas Mora por la oportunidad que le brindaba de realizar un buen negocio y por su iniciativa y consejo. Esto en el año de 1911. En el de 1925 tuvo Garzón como causa especial para reconocer a Vanegas Mora una utilidad en el negocio del lote, no obstante las discrepancias de que da cuenta una carta, el que este abogado accediera a servirle de nuevo en asuntos judiciales. La cuantía del reconocimiento no es materia del debate. Además, la propuesta de rematar en beneficio de ambos y el consejo de hacerlo no tienen nada qué ver con el ejercicio del mandato.

Por las razones dichas, cree la corte que el tribunal no violó ninguna ley al reconocer que en el convenio Garzón-Vanegas Mora hubo causa real y lícita. Esta se presume, y el actor no probó ni la falta de causa ni su ilicitud.

Deséchase, por este nuevo concepto, la referida causal.

No concluirá su fallo la corte sin dejar testimonio expreso de los siguientes pormenores:

a) Al atacar el recurrente la primera razón del fallo acusado—falta de prueba sobre vicios del consentimiento—afirma que a principios de 1925 ninguna cuenta pendiente tenía Evaristo Garzón con Vanegas Mora, porque éste, según el extracto y la carta que obran en autos, confiesa haberse cubierto del saldo que Vanegas Mora sacara en contra de Garzón".

En la demanda de casación invoca el recurrente ese extracto de cuenta y esa carta, no para alegar que faltaron causa u objeto a la obligación ni para decir que hubo quebrantamiento de ley sustantiva a causa de que el tribunal no apreciara o apreciara erróneamente tales documentos, sino simplemente con el propósito de afirmar que faltó el consentimiento de Evaristo Garzón o que su consentimiento fue viciado.

En el resumen del alegato hecho en la audiencia pública, sí manifiesta de modo claro el recurrente que la obligación "es nula por no tener causa o ser ilícita, y porque el consentimiento del obligado adolece de vicio", para sostener lo cual se funda "en que Evaristo Garzón no debía suma alguna a Vanegas Mora el citado día y en que siendo esto así la promesa de pagarle $ 8,000.00 por una deuda que no existía, carece de causa y es por lo mismo nula. Con efecto, como de las probanzas aducidas en el juicio aparece, especialmente con la cuenta pasada por Vanegas Mora a Garzón en 1915, con la carta de aquél a éste de 1920 y con la declaración expresa del demandado de que Garzón no había vuelto siquiera a la oficina de Vanegas sino el dicho día 22 de enero de 1925, se demuestra superabundantemente que todos los negocios habidos entre ellos habían quedado total y definitivamente cancelados y que, especialmente el que Vanegas Mora relacionaba con la compra o remate del lote de la calle 16 por Garzón en el juicio de concurso de acreedores a los bienes de Emiliano Páez, había sido declarado terminado de modo expreso por el señor Vanegas Mora".

Se hace constar que Vanegas Mora afirmó, al absolver posiciones, que el 22 de enero de 1925 estaban pendientes la liquidación del negocio sobre remate, el pago de honorarios y la cancelación de cuentas por dinero suministrado a Julio César. El extracto de cuentas de 1915 y la carta de 1920 sí dejan la impresión de que el saldo por el solo concepto de servicios era en los años indicados de una cantidad muy exigua. La corte admite la posibilidad de que en el importe del documento esté incluída alguna suma por los servicios que iba Vanegas Mora a prestar después de la entrevista de 1925. En todo caso, aun admitiendo que faltara causa para parte de ese importe, no se sabe cuál sea la cantidad desamparada por la alegada falta de causa.

La carta de 1920 no tiene el sentido de una remisión ni de una renuncia de honorarios.

Como esta causal no fue expuesta en la demanda de casación, la corte se abstiene de considerarla, y observa que en la demanda con que fue iniciado el juicio no se adujo el hecho de que en la fecha del documento estuvieran las partes a paz y salvo por servicios profesionales o por otras causas distintas del negocio sobre remate del lote. Esta alegación es un medio nuevo aducido en la audiencia, ni siquiera en la demanda de casación.

b) Tampoco puede la corte estudiar las disposiciones legales invocadas en el resumen y de las cuales no se hizo mérito en la demanda de casación.

c) Quizá por haberse dado cuenta el recurrente de alguna deficiencia ya anotada en su demanda de casación, dice en el resumen que procede a demostrar cómo el Tribunal incurrió en error de derecho o en error de hecho que aparece de modo manifiesto en los autos, al apreciar pruebas o al apreciarlas erróneamente, y al efecto, alega que el Tribunal incidió en error de derecho "dependiente del error de hecho de no haber apreciado las pruebas consistentes en la cuenta de Vanegas Mora a Garzón de 1915, la carta del mismo Vanegas Mora a Garzón de 1920 y la confesión que Vanegas Mora hizo en posiciones absueltas por él a petición de Garzón ante el señor Juez 2º Civil de este Circuito, de referirse la obligación que consta en el documento de 22 de enero a sus utilidades en el lote de la calle 16, probanzas que obran todas en autos, traídas unas con la demanda, otras dentro de los respectivos términos probatorios, ni las consistentes en las copias traídas del expediente del juicio de concurso de acreedores a los bienes de Emiliano Páez que se ventila ante el señor Juez 3º de este mismo Circuito, de las cuales se desprende principalmente el hecho de que en tal juicio, en el que se llevó a cabo el remate del lote en el cual Vanegas Mora reclama participación, el mismo Vanegas Mora era apoderado de Clementina Sotomayor de Sampedro, hecho que le impedía obtener ningún provento personal fuera de su honorario como abogado. Sin duda alguna, la falta de apreciación de tales probanzas o la apreciación errónea de ellas, hizo incidir al Tribunal en error de dere-

cho y de hecho, como lo acabo de demostrar. Que si les hubiera asignado a tales pruebas su verdadero carácter, el fallo hubiera sido otro". No puede considerarse este nuevo punto de vista del recurrente.

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, falla:

No se infirma el fallo recurrido y se condena al recurrente en las costas del recurso.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón. El Conjuez, Eduardo Rodríguez Piñeres.—Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—Pedo León Rincón, Srio. en ppdad.

DEMORA EN LA DEVOLUCION DE LOS AUTOS

El Código Judicial vigente hoy establece, como el anterior, la sanción de fallo adverso para el litigante moroso en la entrega del proceso; pero no en el caso de haberse devuelto el proceso antes de dictarlo. En efecto, el artículo 381 del Código Judicial actual discrimina en sus cuatro numerales el caso de falta de devolución por parte del demandante y por parte del demandado, según ocurre en primera o segunda instancia, y va disponiendo en cada caso cómo se dicta aquella sentencia. Y en esos numerales y en sus varios restantes incisos parte de la base de que el juzgador al sentenciar no tiene el expediente a la vista porque no se le ha devuelto. El Código actual, a diferencia del anterior, no contempla el caso de devolución del proceso antes de la sentencia para sancionarlo en la forma en ese artículo detallada. También, a diferencia del anterior, el Código hoy vigente se abstiene de ordenar que la sustanciación del recurso sea simplemente la de auto interlocutorio. Y también, a diferencia del anterior, el Código actual se abstiene de prevenir que la revisión se reduzca y concrete a establecer si la sanción impuesta por el inferior estuvo bien aplicada. Todo esto conduce a reconocer que el Código procedimental hoy vigente no incluye el caso de devolución anterior a la sentencia dentro de aquellos castigados con una adverso al moroso. No habiendo debido aplicar el Tribunal la sanción del artículo 381 del Código Judicial, por no ser el caso, debió entonces entrar a resolver sobre el fondo de la controversia y dictar la sentencia que correspondía. No habiéndolo hecho así, el Tribunal ha pasado por alto los artículos 26 y 151 de la Carta Fundamental.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

La sociedad Dabah y Compañía y los señores Jorge y Ernesto Lemos, por medio de apoderado, demandaron al señor Carlos Zamorano, todos domiciliados en Cali, en libelo repartido al Juzgado 2º de ese Circuito el 1º de julio de 1930, a fin de que por trámites de la vía ordinaria se declarara rescindida la compraventa de un lote de terreno ubicado en el sitio de Cascajero, de esa jurisdicción; se ordenara la cancelación del registro de la respectiva escritura pública, que fue la otorgada en la Notaría 3ª de esa ciudad, con el número 99, el 1º de febrero de 1929, y se condenara al demandado a restituir o pagar a los demandantes los quince mil pesos del respectivo precio, así como a pagarles los perjuicios ocasionados con la celebración de ese contrato y las costas del juicio. Y en memorial de 1º de diciembre de 1931, siendo aún oportuno (C. J., Art. 208) esa demanda, fundada cardinalmente en el cargo de dolo al vendedor Zamorano, se adicionó, en el sentido de pedir, subsidiariamente, la rescisión de ese mismo contrato por lesión enorme.

El apoderado del demandado, que incurrió en demora mucho mayor de un día en devolver el proceso cuando lo recibió en traslado de la demanda, según se ve en el cuaderno 2º (folios 10 y 11), y a quien, por este motivo y de conformidad con el artículo 379 del C. J., no debió entregarse el expediente en ocasiones ulteriores, se le entregó, sin embargo, el 24 de marzo de 1931, para alegar de conclusión en primera instancia; y tornó a demorarlo, esta vez en forma tal, que no obstante el requerimiento solicitado por la contraparte y decretado y practicado como manda el artículo 380 ibidem, no lo devolvió, por lo cual el Juzgado, de conformidad con el numeral 2º del artículo 381 de esa obra, sentenció, declarando la rescisión pedida en la demanda principal, ordenando la cancelación antedicha del registro y condenando al demanda-

do a restituír o pagar a los compradores demandantes los referidos quince mil pesos, y las costas, y lo absolvió de los perjuicios por no estar estimados en autos.

Esta sentencia, fechada el 10 de mayo de 1933, se notificó al apoderado del reo el 19 de los mismos (folio 13 del cuaderno 5º), quien en ese acto apeló y quien devolvió el expediente con alegato ese mismo día 19.

Notificado al siguiente el fallo al apoderado de los demandantes y apelado también por él, se concedió el recurso interpuesto por ambas partes, y el proceso subió al Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, a donde llegó el 21 del subsiguiente junio, pero no se repartió hasta el 25 de julio siguiente, sin que se advierta la razón de esta demora, ni de otras varias de la actuación de que esa es muestra.

Fijado el asunto en lista, abierta la causa a prueba, practicadas varias de las que se solicitaron, ordenado y surtido traslado a las partes para alegar, citadas para sentenciar y pasado el día y hora de audiencia pública, dictó el Tribunal la sentencia de 12 de junio de 1934, confirmatoria de la apelada, sin costas por ser ambas partes apelantes.

Contra esta sentencia interpuso el apoderado del reo recurso de casación que debe ya decidirse.

El Tribunal se limitó a estudiar el proceder del Juzgado a quo, en relación con el citado artículo 381 del C. J., y hallándolo aplicable, pronunció la referida confirmación.

El cardinal motivo de la acusación formulada por el recurrente ante la Corte es la violación de esta disposición legal por errónea interpretación e indebida aplicación al caso del pleito, en conceptos que pueden resumirse así: el Tribunal ha debido entrar en el estudio de fondo, ese Art. 381 no contempla el evento de que el expediente sea devuelto antes de sentenciar, y en este caso no cabe hacerlo como previene esa disposición para cuando la devolución no se ha hecho.

Ordenando los cargos como dispone el artículo 537 del C. J., pasa a estudiarse el que se acaba de resumir, lógicamente el primero. En obsequio de la claridad, debe advertirse que el proceder del Juzgado no ha sido materia de objeción y que la discusión de las partes sobre el citado artículo 381 no ha sobrevenido sino con motivo de haberlo aplicado el Tribunal.

El legislador ha establecido sanciones que van agravándose gradualmente, contra la mora en la devolución de los autos. Un día siquiera de tal mora determinaba ante el artículo 518 del C. J. anterior y determina ante el artículo 379 del actual más de un día en ella, la pérdida del derecho de volver a sacar el proceso de la Secretaría, pena que una y otra de estas dos disposiciones obligan al Secretario a aplicar de oficio.

El artículo 521 del C. J. anterior y el 380 del actual consagran el derecho de cada parte a requerir a la contraria para la devolución cuando ésta se demora. Este último artículo establece una multa de cinco a cincuenta pesos a favor del solicitante.

Así procura la ley evitar demoras posiblemente perjudiciales a las partes y en todo caso contrarias a la pronta administración de justicia.

Más todavía: como esos males pudieran llegar a impedir la decisión de los litigios con la no devolución del proceso, el C. J. anterior, en su artículo 520 y el actual en su artículo 224, ordenan sacar copia de la demanda, y aquél en sus artículos 521 a 524 y éste en su artículo 381, establecen la grave sanción de la pérdida del pleito, ordenando que se sentencie contra el moroso y sobre esa copia, en las formas que pasan a resumirse.

Vencido el requerimiento, "si los autos no se hubieren devuelto, previa citación de las partes y sin más actuación", el Juez o Tribunal sentenciaba conforme a los términos del apercibimiento, que para el demandante era el de perder los derechos a cosas demandadas y para el demandado, el de ser condenado al tenor de la demanda: tal disponía el citado artículo 521. El 523 al autorizar apelación contra esa sentencia ordenaba sustanciarla como de auto interlocutorio y prevenía que el superior había de limitarse a estudiar si el artículo estaba bien aplicado. Y el artículo 524, contemplando singularmente el caso de que el proceso se devolviera después del apercibimiento, establecía que en cuanto ello ocurriese después de citadas las partes para sentencia, precisamente debía dictarse fallo condenatorio.

El Código vigente hoy establece también la sanción de fallo adverso para el moroso; pero no en el caso de haberse devuelto el proceso antes de dictarlo. En efecto, ese artículo discrimina en sus cuatro numerales el caso de falta de devolución por parte del demandante y por parte del demandado, según ocurra en primera o segunda instancia, y va disponiendo en cada caso cómo se dicta aquella sentencia. Y en esos numerales y en sus varios restantes incisos parte de la base de que el juzgador al senten-

ciar no tiene el expediente a la vista porque no se le ha devuelto.

El Código actual, a diferencia del anterior, no contempla el caso de devolución del proceso antes de la sentencia para sancionarlo en la forma que viene viéndose. También, a diferencia del anterior, el Código hoy vigente se abstiene de ordenar que la sustanciación del recurso sea simplemente la de auto interlocutorio. Y también, a diferencia del anterior, el Código actual se abstiene de prevenir que la revisión se reduzca y concrete a establecer si la sanción impuesta por el inferior estuvo bien aplicada.

Todo esto conduce a reconocer que el Código procedimental vigente no incluye el caso de devolución anterior a la sentencia dentro de aquellos castigados con una adversa al moroso, y que, por tanto, es erróneo incluír bajo la sanción del citado artículo 381 un caso como el presente, en que al Tribunal al sentenciar tenía a su disposición el proceso.

La referida copia no puede entenderse encaminada a suplantar el proceso. Simplemente lo supie en la mira de que la mora en devolverlo no impida decidirlo, como se ha visto.

La mora queda castigada con la prohibición de volver a sacarlo y además, en su caso, con la referida multa; pero si aquélla no ha llegado al extremo de que a la hora de sentenciar, por no tener el juzgador el expediente, haya de hacerlo sobre la copia, no puede aplicarse la sanción adicional de sentencia adversa con prescindencia del expediente, que si se tiene ya a la vista, y con el motivo de una ausencia total de devolución, en que no se ha incurrido. La devolución, por tardía que sea respecto del requerimiento, si es anterior a la sentencia, hace que no se produzca la situación contemplada por la ley cuando ordena que se proceda a sentenciar sobre la copia; y si con ser la devolución anterior a la sentencia basta para que, contándose con el expediente, aquella situación no se produzca, es claro que por el mismo hecho falta la causa de esa nueva sanción y por lo mismo debe faltar el efecto, es decir, debe faltar la sentencia precisamente condenatoria para el moroso y pronunciada sobre la sola copia a que prevé el citado artículo 381. En otras palabras: no puede procederse del mismo modo cuando no se ha devuelto el proceso que cuando sí se ha devuelto.

Nótese que se trata de una disposición de orden excepcional y punitivo, lo que obligaría a interpretarla en sentido restricto, si de interpretarla se tratase; pero ya se ha visto cómo para reconocer que no contempla ni incluye dentro de la sanción en ella misma establecida el caso en que el proceso sea devuelto antes de sentenciar, basta releerla atentamente.

En obsequio de la claridad de los conceptos aquí expuestos acerca del artículo 381 tantas veces citado, cabe advertir que, por su visible diferencia con casos como el del presente pleito, no se ha tratado aquél aludido el inciso 2º del numeral 4º de esa disposición, que sugiere la posibilidad de ser innecesaria la copia. De ello daría ejemplo, v. gr., una sentencia del Juzgado absolutoria del demandado y una demora del demandante apelante en devolver el proceso al extremo de no hallarse éste en el Tribunal al dictarse la de segunda. Para esto, que se haría confirmando el fallo apelado, la copia sería innecesaria. También en obsequio de la precisión de lo aquí expuesto sobre el artículo 381, debe hacerse presente que, por estimarse innecesario, no se ha comentado ni traído a cuento su aplicabilidad en el recurso de casación, acerca de lo cual su inciso final es terminante.

Lo hasta aquí dicho conduce a hallar justificados los referidos cargos que la demanda de casación hace a la sentencia recurrida, y, consiguientemente, a casarla.

Para dictar la resolución que en este evento corresponde según el artículo 538 del C. J., se considera:

El Tribunal no entró a estudiar el fondo del asunto, sino que se limitó a indagar el proceder del Juzgado a la luz del citado artículo 381; la situación del Tribunal era muy diferente de la del Juzgado quien hubo de sentenciar sobre la mera copia de la demanda, porque el demandante moroso retuvo el expediente hasta después de dictada la sentencia, al paso que, devuelto éste al notificarse ella, el Tribunal lo tuvo ante sí original desde que el Juzgado se lo envió para que la segunda instancia se surtiese y, por lo mismo, con lo que al respecto bastaría, cuando procedió a sentenciar.

Seguir la segunda instancia con la plenitud de sus ritualidades, como se hizo y no pudo menos de hacerse en el presente caso, sería algo incomprensible o, por lo menos, inconducente e innecesario para una providencia cuyo único objeto y problema fuera revisar el proceder del inferior ante ese artículo 381, para lo cual basta mirar lo respectivo al solo procedimiento y computar fechas. Con este mero fin no se sigue una instancia con su término probatorio en que se practicaron nuevas pruebas, con nuevos términos de alegar por escrito, con citación para sentencia y con señalamiento de día y

hora para alegatos orales. Y que había de surtirse así la nueva instancia, es algo evidente, no tanto por haberse ejecutoriado el auto que tal dispuso resolviendo la pretensión en contrario del apoderado de los demandantes (folio 19, cuaderno 5°), cuanto por lo que mandan los artículos 755 a 763 del C. J.

Apenas habrá para qué traer de nuevo a cuento el contraste entre lo dispuesto por el Código vigente hoy y lo que disponía el anterior en sus artículos 523 y 524, atrás citados.

Dedúcese de aquí que el deber del Tribunal era entrar en el fondo de la controversia y dictar la sentencia que correspondía a la tramitación y coronación de la segunda instancia de un juicio, tal como cumple a lo dispuesto en los artículos 471 y 472 del C. J.

Si, así las cosas, la Corte procediera hoy a dictar fallo de instancia, su sentencia vendría a ser la única de fondo a todo lo largo del litigio, no obstante haberse surtido sus dos instancias y el presente recurso, y así quedaría pretermitida la sentencia que legalmente no puede sino, en su caso, reemplazar.

En el hecho se está en una situación análoga a la contemplada por el artículo 520 del C. J. en su numeral 7°, cual es la de haberse abstenido el Tribunal de conocer.

No se quiere significar con esto que se niegue la calidad de definitiva a la sentencia que pone fin a un juicio cuando lo hace en la forma y casos del citado artículo 381, sino que la Corte, concretándose aquí al caso del presente pleito, como es su deber legal, y hallando que el Tribunal se colocó indebidamente en la situación prevista en ese artículo y que esto determinó que no entrase él en estudio de fondo, carecería de sujeta materia (la Corte) para dictar ahora la sentencia de instancia. Y ella puede y debe reemplazar, en su caso, la sentencia que ella misma casa; pero, repítese, no le es dado pretermitirla. Otra debió ser la sentencia definitiva del Tribunal.

Si la sanción que hubo de aplicar el Juez hubiese de regir inexorablemente en el resto de la actuación, se llegaría al absurdo de que aquél al sentenciar, no sólo lo hacía en la instancia de su cargo, sino en la segunda y aún en la casación. Esto pone más de relieve los errores que aquí se han declarado y la situación actual del litigio, así como la consideración de que la sanción dicha no puede referirse sino a la respectiva instancia, esto es, a aquélla durante la cual acaeció una demora en devolver el proceso llevada al extremo de haberse de sentenciar sin él.

Por su pertinencia deben aquí recordarse los preceptos contenidos en los artículos 26 y 161 de nuestra Carta Fundamental, según los cuales, respectivamente, nadie puede ser juzgado sino por el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio, y toda sentencia debe ser motivada.

El Tribunal que, repítese, tuvo ante sí el proceso original con demanda y respuesta y pruebas y alegaciones de ambas instancias, en vez de limitarse a observar que el Juez sentenció sobre la sola copia de la demanda, porque la mora del demandado en devolverle el proceso determinó esta situación y esta consecuencia, debió estudiar el pleito en sí mismo, reconociendo la completa diferencia de esas dos situaciones. El superior puede hallar en un caso dado que la sentencia del inferior fue estrictamente legal, en vista de los elementos con que éste contaba cuando la pronunció, y al propio tiempo puede, sin embargo de eso, revocarla, porque determinen algo muy distinto, ya los nuevos elementos que obren ante el superior, ya las diferencias de las circunstancias mismas del proceso, etc.

En el presente caso el Tribunal, no sólo ha dado motivo suficiente para casar su sentencia, sino también para devolverle el proceso a fin de que dicte una de fondo, porque lo procedente en vista de la analogía ya anotada en el caso del numeral 7° del artículo 520 del C. J., es hacer lo que indica el artículo 540 de la misma obra.

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 recurrida, o sea, la pronunciada en el presente pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 12 de junio de 1934, y ordena devolver el proceso al mismo Tribunal para que decida la controversia en vista del expediente original y, por tanto, tomando en consideración las probanzas y alegaciones de las partes.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—El Conjuez, Constantino Barco. — Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION

La falta de citación por parte del demandante del artículo 946 del Código Civil no puede tomarse como carencia en la demanda del derecho, causa o razón de ella. De acuerdo con nuestro Código Civil, el derecho de propiedad es perpetuo en el sentido de que subsiste tanto como la cosa sobre la cual recae y con la cual se identifica; ese derecho de dominio sobre el inmueble que se reivindica no perece por el cambio de sus titulares. De ahí que no sea susceptible de extinguirse por el simple no uso y que la excepción de prescripción extintiva no sea procedente. El propietario, en el caso de autos, no dejaría de serlo sino cuando otro ocupara su lugar, en virtud de una prescripción adquisitiva. A causa de lo dispuesto en el artículo 971 del Código Civil, la acción de reivindicación contra el poseedor se confunde con la acción del dueño para que se le restituyera por el tenedor que retiene indebidamente la cosa, sin ánimo de señor o reconociendo dominio ajeno. Según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, los registros que se hagan en el libro de Causas Mortuorias de los actos de partición o adjudicación que tengan origen en el juicio de sucesión, son suficientes para acreditar el dominio sobre bienes raíces y efectuar la tradición de ellos.

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

Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica.

Materia del pleito.—Hechos.

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá, Miguel S. Uribe Holguín demandó en juicio ordinario a María de Jesús Duque de Montes, Soledad Duque de Montes, Eulogia Duque, Sara Duque, Eleuterio Duque y a la sucesión ilíquida de Mercedes Duque, representada por aquellas mismas personas.

Las súplicas de la demanda pueden sintetizarse así: Que la sociedad conyugal que existió entre Mariano Duque G. y Carmen Duque de Duque adquirió, a título de compra, de Clementina Santander de Freyre y de Sixta Tulia Santander de Suárez, el derecho de dominio sobre una finca situada en esta ciudad y cuyos linderos se describen en el libelo. Que el registro de aquel título fue cancelado en parte (en parte por haberse dividido esa finca), por el que se hizo a favor de María de Jesús Duque, con motivo de la inscripción, el 18 de septiembre de 1897, de la hijuela de ella, en los juicios de sucesión acumulados por causa de muerte de los cónyuges Mariano Duque y Carmen Duque de Duque. En esa hijuela aparece que se le adjudicó a la única heredera, María de Jesús, la casa Nº 632 de la carrera 7ª, por los linderos que en la demanda se indican. Que la inscripción anterior, relativa al derecho de dominio de ese inmueble, fue cancelado el 1º de marzo de 1927 por la hecha a favor de Miguel S. Uribe Holguín de su hijuela en el juicio de sucesión por causa de muerte de María de Jesús Duque. Que esta última inscripción no ha sido cancelada. Que las inscripciones hechas el 26 de julio de 1926, a favor de los demandados de sus hijuelas, en el juicio de sucesión por causa de muerte de Mercedes Duque de Duque, no cancelaron la verificada a favor de Mariano Duque G. del derecho de dominio sobre la casa dicha. Que por lo tanto el demandante, y no los demandados, es el propietario actual de la casa cuyo dominio se litiga. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a cada uno de los demandados a restituir al demandante la séptima parte proindiviso del dominio sobre la mencionada finca, junto con los frutos de ésta, como poseedores de mala fe.

El demandante apoya su demanda en estos hechos que se resumen así: La finca de la cual hace parte la que se reivindica ahora, perteneció a Clementina Santander de Freyre y Sixta Tulia Santander de Suárez el 1º de junio de 1874. Todo ese inmueble pasó a ser de propiedad de la sociedad conyugal formada por Mariano Duque G. y Carmen Duque, según la inscripción que del correspondiente título de dominio fue hecha en la Oficina de Registro del Circuito de Bogotá, el 3 de junio de 1874, en el libro Nº 1º. El derecho de dominio sobre la casa que se reivindica en este pleito se fijó en cabeza de María de Jesús Duque, de donde pasó a manos de Miguel Saturnino Uribe Holguín. Esa finca que retienen los demandados fue dada por Mariano Duque G., en comodato, a Gonzalo Duque. En el juicio de sucesión de Mercedes Duque de Duque, viuda de Gonzalo Duque, se adjudicó en común a los demandados la propiedad del

inmueble, en el falso concepto de que había pertenecido a la de cujus. Pretendiéndose dueños, los demandados retienen la expresada finca, a virtud del cambio del título primitivo, que era de mera tenencia, por uno creado de dominio.

Del fallo que el 1º de septiembre de 1931 pronunció el Juzgado, favorable en parte al demandante, apelaron todos los litigantes.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 1º de julio de 1933, declaró a Miguel Saturnino Uribe Holguín, dueño actual de la finca; condenó a cada uno de los demandados a restituir al demandante la séptima parte proindivisa del derecho de dominio sobre la casa, y a todos aquellos a devolver al actor las cinco sextas partes de la séptima de ese mismo derecho. Condenó también a los demandados, como poseedores de buena fe, a entregar al demandante los frutos de esas cuotas, a partir del 3 de noviembre de 1927 hasta cuando se verificara la restitución. Se negó el Tribunal a hacer las declaraciones pedidas en las cinco primeras súplicas de la demanda. Declaró que no estaban probadas las excepciones propuestas por los demandados, y absolvió a éstos de los demás cargos formulados en la demanda.

Fundamentos del recurso.

Contra la sentencia, los recurrentes demandados interpusieron recurso de casación el cual fundamentaron en tres demandas sucesivas y lo apoyaron en las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Esta es la síntesis de los conceptos aducidos por ellos para pedir la infirmación del fallo:

a) La intención de la demanda consta de dos partes. En la primera de ellas se pide que se declare la adquisición de la propiedad sobre la casa por la sociedad conyugal de Mariano Duque y Carmen Duque de Duque. Que María de Jesús Duque adquirió de éstos ese derecho de dominio, el cual pasó a manos de Miguel S. Uribe Holguín, en cuya cabeza radica actualmente. Y que la inscripción de las hijuelas de los demandados, en el juicio de sucesión por causa de muerte de Mercedes Duque de Duque, no canceló la del título de dominio de Mariano Duque Gómez.

En la segunda parte se pide que se declare al demandante, como consecuencia de lo anterior, actual dueño de la finca, y por lo tanto se condene a los demandados a la restitución de ésta, junto con los frutos correspondientes.

El Tribunal se negó a hacer las declaraciones pedidas en esa primera parte de la súplica de la demanda, con excepción de lo concerniente a la calidad que tiene el demandante de propietario del inmueble.

Esa primera parte era el antecedente obligado de la condena formulada por el Tribunal, por cuyo motivo, al negar aquélla, como lo hizo, necesariamente tuvo que fundamentar la restitución en causas que el autor no adujo.

De ahí que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

b) El demandante no citó el artículo 949 del Código Civil, en el cual estriba su derecho para reivindicar de los demandados las cuotas que tienen del derecho de dominio indiviso. El Tribunal aplicó ese artículo, desde luego que condenó a la restitución.

De acuerdo con el artículo 265 del Código Judicial derogado, en el libelo debía expresarse el derecho, causa o razón porque se intenta la demanda, "derecho que ha de radicar en lo concreto y no en lo indefinido". Estas razones demuestran que el sentenciador incurrió en la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial.

c) En los considerandos de la sentencia, el Tribunal no estudió la prescripción extintiva de la acción de reivindicación propuesta por los demandados.

La excepción analizada por el Tribunal fue la adquisitiva de dominio.

La prescripción extintiva de la acción la reglamenta el Código Civil en capítulo independiente y la denomina "prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos".

Esta excepción se funda en que el dueño dejó transcurrir más de veinte años sin haber ejercitado la acción de reivindicación contra el poseedor de la finca.

En la parte resolutiva de la sentencia, al decir el Tribunal "no están probadas las excepciones propuestas por los demandados", no se refirió a la excepción dicha de prescripción de la acción, puesto que no la analizó, y por consiguiente el fallo carece de consonancia con las pretensiones que oportunamente dedujeron los litigantes.

d) Además, por causa de lo dicho en la letra anterior, el Tribunal quebrantó los artículos 342 y 471 del Código Judicial, e infringió los artículos 2521, 2535 y 2536 del Código Civil y "virtualmente" el 946 de esta obra, al aplicarlo indebidamente.

e) La sentencia adolece de notoria falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, porque en el libelo que "tiene grandes defectos de lógica jurídica, de coordinación en sus peticiones y de ordenación en los hechos, siendo notoriamente incongruentes los fundamentos de la restitución con los hechos básicos de la misma demanda", se consideró a los demandados como simples tenedores o comodatarios y no como poseedores, a causa de lo cual el Tribunal falló en más de lo demandado.

f) El Tribunal, por otra parte, violó el artículo 946 del Código Civil, "por aplicación indebida e interpretación errónea, e incurrió en error de derecho, con transgresión de los artículos 837 y 932 del Código Judicial derogado, 205 y 472 del actual". En efecto, el demandante al calificar a los demandados como simples tenedores o comodatarios, ha hecho una confesión al respecto y en la sentencia no se tuvo en cuenta esta confesión, sino que se les consideró como poseedores, con lo cual se cambió la acción, debido a que la de dominio no existe contra tenedores o comodatarios.

El artículo 977 del Código Civil fue violado por interpretación errónea, porque es "el que consagra la acción posesoria de conservación" y la sentencia no aceptó la calificación de tenedores o comodatarios dada por el demandante a los demandados, porque si ello hubiera sido así ha debido absolverse a éstos.

El artículo 984 del Código Civil también fue violado, en virtud de que, de acuerdo con la demanda, la acción deducida fue la de "restitución por despojo", porque los demandados, simples tenedores o comodatarios, se alzaron contra el verdadero poseedor.

g) El Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la demanda y en error evidente de hecho. En los hechos del libelo no hay ninguno que sea fuente del derecho de dominio que el demandante afirma haber adquirido: Se ignora el título y el modo como pasó la propiedad a Uribe Holguín. El Tribunal prejuzgó el asunto, porque buscó en la relación de documentos hecha en el libelo, ese modo y ese título. El fallo tuvo en cuenta la prueba de un hecho no alegado en la demanda, a saber: la venta hecha por Fety y la adjudicación verificada en el juicio de sucesión por causa de muerte de María Duque. Se violaron los artículos 932 del Código Judicial derogado, 205 del que rige y 946 del Código Civil.

No se apreció por el Tribunal debidamente "el derecho, causa, razón o fundamento porque se intentó" la demanda, "no expresado por el demandante". Los demandados han negado el derecho de dominio de Uribe Holguín sobre la casa, pero no han sabido, porque en los hechos del libelo no se expresa, cómo obtuvo el demandante la propiedad. La sentencia en realidad corrigió o adicionó la demanda, sin facultad legal para ello. Se quebrantaron los artículos 932 y 268 del Código Judicial derogado; 737, 745 y 208 del actual; 946 del Código Civil y 145 de la Ley 105 de 1890.

h) El demandante situó a los demandados en posición de simples tenedores, porque dijo que retenían la casa demandada. Jurídicamente la retención es distinta de la posesión, según se ve de modo claro, tanto en la definición que de retención da el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de don Joaquín Escriche, como de los artículos 859, 970 y 1995 del Código Civil, y 10 de la Ley 95 de 1890, en donde se encuentra el significado que el legislador da a la palabra retención.

El demandante tenía interés en que se considerara a los demandados como tenedores, para evitar que por parte de éstos se alegara usucapión.

El Tribunal no se atuvo a la calificación del demandante, sino que, por medio de inferencias y deducciones, atribuyó a los demandados la calidad de poseedores.

Con esa apreciación errónea de la demanda, infringió los artículos 946, 762 y 775 del Código Civil.

i) El Tribunal incurrió en error de derecho y de hecho en la apreciación de las hijuelas de María de Jesús Duque, en el juicio de sucesión por causa de muerte de Mariano Duque Gómez y Carmen Duque de Duque, y de Miguel S. Uribe Holguín, en el juicio de sucesión por causa de muerte de María de Jesús Duque. Ninguna de esas hijuelas fue registrada en el Libro Nº 1º. La tradición de los bienes raíces no se realiza sino con la inscripción del título en ese libro. La sucesión figura entre los modos traslativos del dominio, por cuyo motivo éste no se adquiere sobre inmuebles sino mediante el registro correspondiente en el citado libro. El Tribunal no sólo prestó fe a esas hijuelas, sino que reconoció un dominio que no pudo transmitir María de Jesús Duque, por la falta de la debida inscripción de su título y que no adquirió tampoco Uribe Holguín, por idéntica omisión. Quebrantó el Tribunal los artículos 2673, 946, 752, 2652, ordinales 1º y 6º, 2651, 2658, 756, inciso 1º, 2641, ordinal 1º, 2637, ordinal 1º, 759, 673, 765, 2574 del Código Civil y 38 de la Ley 57 de 1887.

j) El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de la hijuela de Uribe Holguín, en la sucesión por causa de muerte de María de Jesús Duque.

Consta en la hijuela misma que el perito tuvo en cuenta para avaluar la finca la circunstancia de que estaba en pleito la propiedad de ella. Y en autos figuran la copia de la demanda de reivindicación de María de Jesús Duque contra Roberto Duque y el certificado del Registrador de la inscripción de ella en el libro de Demandas Civiles, antes de la fecha de la hijuela.

Conforme al artículo 1388 del Código Civil, esa adjudicación carece de valor legal, debido al litigio pendiente sobre la propiedad de la casa. El artículo 6º del Código Civil sanciona con la nulidad absoluta actos como éste, ejecutados contra expresa prohibición de la ley. Además, los artículos 1524, inciso 2º, y 1741 ibídem, previenen que es absolutamente nulo ese acto de la adjudicación, ejecutado contra expresa prohibición de la ley, por tener causa ilícita y por carecer del requisito exigido para la validez del mismo, en consideración a su especie o naturaleza. El artículo 15 de la Ley 95 de 1890 reconoce derecho a los demandados para alegar la nulidad, porque su interés consiste en invalidar el título de dominio que se les opone y en cuya formación no intervinieron.

El inventario y avalúo de la referida sucesión se llevó a cabo en la oficina del apoderado de Uribe Holguín. No se trasladó, pues, el personal de la diligencia al lugar del inmueble, incumpliéndose de esta manera lo ordenado en el artículo 153 de la Ley 105 de 1890.

Uribe Holguín ha debido, antes de que se verificara la adjudicación, reclamar la casa para la sucesión. El Tribunal infringió el artículo 946 del Código Civil, porque derivó el dominio de Uribe Holguín de ese título nulo.

k) Es nula la venta que de la casa hizo Fety a Uribe Holguín, porque de conformidad con el ordinal 4º del artículo 1521 del Código Civil, sin permiso del Juez es ilícita la enajenación de las especies cuya propiedad se litiga y el Tribunal, al interpretar ese artículo, violó el 27 ibídem, por cuanto que se desentendió de su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.

Desde otro punto de vista, Fety sólo era poseedor del derecho de herencia de María de Jesús Duque, pero no lo era material ni inscrito del derecho de dominio sobre la casa. Por consiguiente, de acuerdo con el artículo 157 del Código Civil, esa posesión del derecho de herencia no lo habilitaba para vender ningún bien raíz de la sucesión, con tanto mayor razón cuanto que no estaba probado que ésta formaba parte de aquélla.

El Tribunal, al tener en cuenta ese título, violó el artículo 752 del Código Civil, en virtud de que consideró que Fety transfirió un derecho que no tenía y por lo tanto infringió también el artículo 946 ibídem, al considerar a Uribe Holguín titular de un derecho de dominio cuya tradición no pudo haberle sido hecha.

l) El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las hijuelas de los demandados en la sucesión por causa de muerte de Mercedes Duque de Duque. Cuando el Tribunal aplicó a este respecto el artículo 789 del Código Civil, no tuvo en cuenta que la inscripción de la hijuela de Uribe Holguín mal pudo cancelar la de María de Jesús Duque, a causa de la falta de su registro en el Libro Nº 1º. La prescripción tiene como efecto extinguir el anterior derecho de dominio, y como en las hijuelas de los demandados se dice que la de cujus adquirió la propiedad a virtud de posesión de más de cuarenta años, el sentenciador desconoció este modo de adquirir el dominio.

ll) El Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas de las cartas que escribieron Gonzalo A. Duque en junio de 1879 y Mercedes Duque de Duque en agosto y septiembre de 1904.

El Tribunal dio el valor de plena prueba a esos documentos cuyas firmas no están reconocidas y que fueron aducidos en copias tomadas de otro juicio.

El Tribunal prescindió de la prueba testimonial presentada por los demandados, siendo así que ésta es la esencial cuando se trata de probar la prescripción trentenaria.

Además de los defectos de forma, ya dichos, de que adolecen esas cartas, el Tribunal no consideró que Gonzalo Duque no mencionó, en la relación que hace a Mariano de los bienes de éste la casa que se reivindica.

Las cartas de Mercedes Duque de Duque no se refieren precisamente a la casa, materia del pleito, porque en ellas apenas se dice "la casa que hoy ocupamos en Bogotá y que es de propiedad de María". Como ésta era dueña de varias fincas en la ciudad, se ignora cuál ocupaba Mercedes en la fecha de la carta.

Ninguno de esos documentos hace plena prueba, porque equivalen a confesión extrajudicial y el Tribunal los dio aquel carácter.

De todo lo anotado proviene la violación de los artículos 946, 762, 775, 787, 873, 2521, 2518, 2526, 2532, 2531, 2535, 2538 del Código Civil; 562, 695 y 648 del Código Judicial derogado y 608 del vigente.

El demandante, a su vez, también recurre contra el fallo, por dos motivos, el primero de los cuales, referente a la causal segunda de casación, lo presenta en forma condicional para el caso de que prosperare "acusación al respecto que hiciere la parte demandada". El concepto en que se funda el recurrente para acusar el fallo, por la causal dicha, es en el fondo el mismo que alegaron los demandados y que se resumió en la letra a).

La Corte se abstiene de analizar ese fundamento en virtud de estas consideraciones: 1ª El recurrente conviene en que, en el fondo, no hay incongruencia entre la sentencia y la demanda; 2ª No se cumplió la condición a que el recurrente subordina ese motivo de casación. En efecto, no puede prosperar la causal 2ª invocada por los demandados, porque, no obstante que el sentenciador se negó a hacer algunas de las declaraciones pedidas, se dio cumplimiento al objetivo de la acción de dominio ejercitada, en virtud de que la sentencia reconoció al demandante su calidad de dueño y ordenó a los poseedores la restitución de la casa; 3ª Las declaraciones que de la intención de la demanda el Tribunal se negó a hacer, en manera alguna perjudican a los demandados; por consiguiente éstos carecen de interés para acusar el fallo por ese motivo; 4ª Por último, los demandados, en su memorial de oposición al recurso del demandante, dicen: "Téngase presente que por esa absolución o declaración del fallo acerca de los cinco referidos puntos, no se hizo acusación alguna a éste".

m) El segundo motivo de acusación consiste en que el Tribunal aplicó indebidamente la regla del tercer aparte del artículo 964 del Código Civil y dejó de aplicar, debiendo haberlo hecho, el primer aparte de ese mismo artículo. Consecuencia es ésta del error evidente de hecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la partición llevada a cabo en el juicio de sucesión por causa de muerte de Mercedes Duque de Duque. En ese acto se expresa que ésta adquirió la finca "por transmisión que de ella le hizo su tío, el señor Mariano Duque, seguida de posesión tranquila y no interrumpida de cuarenta años, a partir del año de 1883 para acá". Como la "transmisión (no legal) seguida de posesión" no es modo de adquirir la propiedad, los demandados son poseedores de mala fe, a virtud del error de derecho en que incurrieron con esa apreciación.

Motivos

1º La falta de citación por parte del demandante del artículo 949 del Código Civil, no puede tomarse como carencia en la demanda del derecho, causa o razón de ella. Esto último es lo que se llama la causa de pedir, la cual nunca viene fijada en los fundamentos de derecho. Estos no son materia de prueba, ni invariables en el curso del litigio, ni el Juez está obligado a sujetarse a ellos. Aún más, los fundamentos del derecho pueden ser incongruentes y absurdos, lo cual no impide que prospere la demanda, siempre que la causa de pedir se exprese en ella.

En la demanda que se estudia la causa petendi y la intención o súplica de ella son una misma cosa.

2º De acuerdo con nuestro Código Civil, el derecho de propiedad es perpetuo en el sentido de que subsiste tanto como la cosa sobre la cual recae y con la cual se identifica, sin que ello signifique que este principio sea absoluto.

Tal perennidad del derecho de dominio sobre el inmueble que se reivindica, hace que aquél no se haya menoscabado en su existencia misma con motivo del cambio de sus titulares. La pérdida de ese derecho por parte de los tradentes y de los causantes, fue puramente relativa, porque ella intervino como consecuencia de la traslación de aquél a los nuevos titulares.

De ahí que el derecho de dominio sobre el bien raíz urbano, objeto del pleito, no sea susceptible de extinguirse por el simple no uso, y por consiguiente, la prescripción extintiva no sea procedente en este caso. Lo cual se debe también a la naturaleza misma de ese derecho de dominio que lo hace entre nosotros un derecho aislado, principal, un derecho cepa.

Por el no uso, en el caso que nos ocupa, el propietario no cesaría de serlo sino cuando otro ocupara su lugar, en virtud de una prescripción adquisitiva. Transformar aquí el hecho del no uso en derecho, no se traduciría en ventajas prácticas para nadie, ni aun para la colectividad, a causa de que continuaría subsistiendo la característica dicha del derecho de dominio.

Es en virtud de las consideraciones anteriores, como se explica por qué el artículo 2512 del Código Civil distingue en la prescripción las dos fases antagónicas de ella: a) La institución llamada extintiva ó liberatoria, y b) La denominada adquisiti-

va o usucapión, que es la única que rige para el derecho de propiedad.

Por otro aspecto, los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, no son tan generales como parece desprenderse de la letra de ellos. Existen acciones imprescriptibles, tales como las que conciernen al estado de las personas; las acciones del acreedor garantizado por una prenda, en tanto que la prenda permanezca en sus manos; las acciones para la restitución del objeto dado en prenda o confiado en depósito.

Dada la pecualiridad del derecho de dominio sobre la casa, ya analizada, se explica el silencio del Tribunal en relación con la excepción propuesta de prescripción extintiva de la acción de dominio, la cual excepción resulta notoriamente inconducente.

A este respecto del silencio del sentenciador, no es procedente la acusación hecha al fallo por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, porque en la parte resolutiva de la sentencia, el Tribunal se refirió a todas las excepciones propuestas. Pero como la acusación por parte de los recurrentes demandados se formuló también en el sentido de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, con motivo de que el Tribunal omitiera la consideración de la excepción aludida, se ha hecho el estudio que antecede.

3° El Tribunal, en la parte expositiva de su fallo, analizó lo relativo al argumento aducido por los demandados en su alegato de conclusión, sobre la calidad atribuída a éstos por el demandante. Por tal razón no puede existir al respecto incongruencia entre la sentencia y la demanda, desde luego que el juzgador fijó el sentido de ésta.

La calificación jurídica de un hecho corresponde al Juez darla, y no varía su naturaleza jurídica verdadera por razón de una mala denominación por parte de cualquiera de los litigantes. En este pleito la condición de poseedores que tienen los demandados no se altera con motivo de que Uribe Holguín denominara retención la circunstancia de hallarse la casa en poder de ellos. La naturaleza jurídica de la apropiación por parte de éstos del inmueble, no la varía, pues, aquella calificación.

Además, el demandante afirmó en su libelo, como hecho, que los demandados retenían el inmueble a virtud del cambio del título primitivo, que era de mera tenencia, por uno creado de dominio. Este hecho, probado como está, en lo que se refiere al título actual, bastaba al juzgador para calificar a los demandados como poseedores, no obstante cualquiera otro sentido que tuviera el nombre empleado por el demandante para expresarlo. De otro lado, es al juzgador a quien corresponde nominar la acción incoada, porque la naturaleza de ésta no depende del nombre que a ella le dé el demandante, quien, de acuerdo con nuestro derecho procedimental, nunca está obligado a hacerlo. Por consiguiente, el Tribunal no violó los artículos 946, 977 y 984 del Código Civil al considerar la acción ejercitada como de dominio, basándose en la verdadera naturaleza jurídica de los hechos relatados en el libelo.

4° La acción de reivindicación tiene por causa el derecho de dominio y no la adquisición de la propiedad. El dominio de que se trata en este pleito, se presenta, según se dijo, como un estado permanente que establece una relación directa entre el titular y el inmueble, relación oponible a los poseedores demandados, a causa de que una de las características de ese derecho real es, se repite, el de ser inesable, y también, oponible, en su ocasión, a cualquier persona. Una de las consecuencias de estas modalidades, consiste en que los efectos de los actos traslativos de dominio, repercuten, en su ocasión, sobre todas las personas, no obstante el principio de la relatividad de las convenciones.

Debido, pues, a que en el juicio de reivindicación la cuestión jurídica radica siempre en la existencia del derecho de dominio, en el hecho actual de la propiedad, aun cuando la cuestión lógica verse sobre si aparece o no probado alguno de los modos de su adquisición, el demandante, en su demanda, no tenía, desde el punto de vista de la técnica jurídico-procesal, por qué relatar en los hechos los modos de adquisición de la propiedad, sino, como lo hizo, limitarse a describir el estado continuativo del dominio.

Al decir el actor en el hecho 4°: "La propiedad de la señorita María de Jesús Duque pasó al dominio del demandante, doctor Miguel Saturnino Uribe Holguín", describió la última de las fases que del estado continuativo de la propiedad relató en los hechos anteriores.

En los juicios de reivindicación se puede pasar, durante el pleito, de un título de adquisición a otro, sin que ello implique cambio de acción.

Hacer figurar como hecho en la demanda de reivindicación el modo de adquisición del dominio, es identificar el hecho con un medio de prueba: y además, limitar el contenido mismo de la acción, porque, a causa de que sobre una misma cosa puede tener su dueño distintos títulos de propiedad, el actor, si prueba un modo de adquisición dis-

tinto al descrito en el hecho, vería desestimada su acción, por cuanto la sentencia no puede tener en cuenta hechos no alegados en la demanda, aun cuando aparezcan probados en el juicio.

El modo como el demandante adquirió su derecho de dominio, es lo que constituye la prueba de la existencia actual de la propiedad en cabeza del actor. Esto es, la prueba que a él incumbía del hecho 4º de la demanda.

Los modos de adquisición del dominio por parte de Uribe Holguín, fueron dos: El de compra a Fety del inmueble; y el de adjudicación de éste al demandante, en el juicio de sucesión por causa de muerte de María de Jesús Duque.

No sería jurídico pretender que Uribe Holguín hubiera descrito en la demanda como hecho lo que es medio de prueba, obligándolo a exponerse a que si se desestimaba por el sentenciador el título de propiedad aducido en forma de hecho, perdiera su acción, con motivo de que el otro modo de adquisición, aun cuando se probara, no sería materia del pleito.

Sin duda alguna fue errada la explicación que el Tribunal dio en su fallo a la cuestión, porque, para consagrar una rutina viciosa, atribuyó confusión y desorden, falta de claridad y de método al libelo, dando por sentada la necesidad de expresar en éste, como hechos, los modos de adquisición.

5º A causa de lo dispuesto en el artículo 971 del Código Civil, la acción de reivindicación contra el poseedor se confunde con la acción del dueño para que se le restituya por el tenedor que retiene indebidamente la cosa, sin ánimo de señor o reconociendo dominio ajeno. De donde se infiere que habría cambio de acción en el sentido de que los hechos alegados por el demandante no correspondieran a la verdadera naturaleza jurídica del estado de los demandados en relación con la cosa; pero no así en el sentido de que el Código Civil conceda una acción distinta al dueño cuando, en juicio ordinario, reclama la cosa contra el tenedor.

6º Según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, los registros que se hagan en el Libro de Causas Mortuorias de los actos de partición o adjudicación que tengan origen en el juicio de sucesión, son suficientes para acreditar el dominio sobre bienes raíces y efectuar la tradición de ellos. Por cuyo motivo, tanto la hijuela de María de Jesús Duque, en los juicios de sucesión acumulados por causa de muerte de los padres de ella, como la de adjudicación a Uribe Holguín, en el juicio de sucesión de aquélla, llenan los requisitos legales de la institución del registro y produjeron sus efectos de acreditar el dominio en la casa y efectuar la tradición de éste, a causa de su registro en el Libro de Causas Mortuarias.

7º No aparece violado el artículo 1388 del Código Civil porque los demandados no fueron parte en el juicio de sucesión por causa de muerte de María de Jesús Duque. Las resultas del pleito de revindicación contra Roberto Duque, que en ese entonces estaba pendiente, en nada afectaba la verdadera situación jurídica de los actuales demandados. Además, la violación de lo prevenido en el artículo 1388 del Código Civil, no induce la nulidad de la adjudicación. Los artículos 1271 del Código Judicial derogado y 266 de la Ley 105 de 1890, reglamentaban las acciones provenientes del mencionado artículo, acciones que los interesados han debido ejercitar en la oportunidad debida.

8º La tacha de violación del artículo 153 de la Ley 105 de 1890 por no haberse trasladado el personal de la diligencia al lugar del inmueble cuando los inventarios y avalúos en el juicio de sucesión de María de Jesús Duque, es improcedente en este pleito, porque ello se refiere a una cuestión ritual que ha debido ventilarse en ese juicio.

9º De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 95 de 1890, no fue nulo el registro del título en donde consta la venta que de la casa hizo Fety a Uribe Holguín, porque la prohibición contenida en el artículo 43 de la Ley 57 de 1887, en relación con el ordinal 4º del artículo 1521 del Código Civil, se refiere sólo a la persona demandada o ejecutada.

El Tribunal además tuvo en cuenta para fundamentar su fallo, el modo de adquisición por parte de Uribe Holguín, consistente en la adjudicación que se le hizo en el juicio de sucesión de María de Jesús Duque.

De conformidad con los artículos 1401, 1871 y 1875 del Código Civil, la venta que hizo Fetey del inmueble a Uribe Holguín tampoco fue nula.

10º Las hijuelas de los demandados en el juicio de sucesión de Mercedes Duque de Duque, no transmitió a éstos derechos distintos de los que tenía la de cujus sobre la casa. Por manera que la afirmación de la posesión de más de cuarenta años por parte de la causante hecha en esas hijuelas, no es suficiente para hacer adquirir el dominio a los demandados, sino que es necesario demostrar la duración y realidad de esa posesión. El Tribunal no desconoció que la la posesión es un modo de adquirir el dominio, sino que negó a la posesión de Mer-

cedes Duque de Duque y de sus herederos la duración necesaria para ello.

11° De acuerdo con el artículo 178 del Código Civil, se presume que la mujer vive en casa de su marido. Aparece que Gonzalo Duque contrajo matrimonio con Mercedes Duque de Duque el 25 de febrero de 1867. No probaron los demandados que Mercedes Duque, por ejemplo, residiera desde antes de su matrimonio en la casa del pleito, ni tampoco la circunstancia en virtud de la cual era Gonzalo Duque quien habitaba la casa de su mujer. Para que la posesión sea tal, no basta que al acto material de apropiación se acompañe el ánimo de dueño, sino que además es necesario que no exista ningún obstáculo jurídico que impida al elemento subjetivo del ánimo surtir sus efectos.

Gonzalo A. Duque, como administrador de los bienes sucesivamente de Mariano Duque, la viuda de éste y la hija de ellos, no podía tener la posesión útil de la casa (artículos 777 y 782 del Código Civil). Mercedes Duque de Duque, para su ánimo de dueña, tropezaba con el obstáculo de que residía en la casa ocupada por su marido. No está probado que Mariano Duque hubiera entregado el inmueble a Mercedes Duque de Duque, su ahijada y sobrina.

En el año de 1897, Gonzalo Duque hizo inventariar y adjudicar a María de Jesús Duque, en el juicio de sucesión de los padres de ella, el derecho de dominio sobre la finca, lo cual prueba, igualmente, que por parte de Gonzalo Duque no hubo intención de poseer.

La posesión de Mercedes Duque de Duque no empezó, pues, sino después de la muerte de su marido, cuando María de Jesús Duque tuvo conocimiento de esa muerte.

En el supuesto de que Mercedes Duque de Duque empezó a poseer útilmente la finca el 17 de septiembre de 1903, en virtud de que María de Jesús Duque tuvo conocimiento ese día de que su mandatario había muerto la víspera, no han transcurrido hasta el 8 de noviembre de 1927, fecha de la última de las notificaciones de esta demanda a los demandados, los treinta años exigidos por la ley para la prescripción extraordinaria.

12° Sobra el estudio de los documentos consistentes en las cartas que escribieron Gonzalo Duque a Mariano Duque en 1879, y Mercedes Duque de Duque a Adolfo Thireau en 1904, porque el Tribunal se fundó también, para desestimar la excepción de prescripción adquisitiva del dominio por parte de los demandados, en la circunstancia de que Mercedes Duque de Duque y sus herederos no han poseído durante treinta años.

13° No aparece probada la mala fe de los demandados, con motivo de lo expresado en las hijuelas formadas a ellos en la sucesión por causa de muerte de Mercedes Duque de Duque.

Mariano Duque ha podido (pero no está probado), manifestar a Mercedes Duque de Duque su intención de transferirle el derecho de dominio sobre la casa y realizar en parte ese deseo, extregándosela materialmente (lo cual tampoco se probó).

La falta del elemento esencial para la transmisión del dominio, consistente en la escritura pública, dio nacimiento, en la hipótesis sentada, a un derecho eventual en favor de Mercedes Duque de Duque, el cual es susceptible de transmitirse por la vía de la sucesión.

De ahí que los demandados no incurrieran en error de derecho porque afirmaran que Mercedes Duque de Duque había adquirido el dominio de la casa por transmisión que de él le hizo Mariano Duque, seguida de la posesión; y por lo tanto, queda en pie el argumento del Tribunal referente a la convicción, por parte de los demandados, de que la finca era legítimamente poseída por la de cujus.

Resolución

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 1° de julio de 1933 pronunció el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas, por razón de compensación, no se han causado.

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 ppdad.

REIVINDICACION.—EN QUE LIBROS DEBEN REGISTRARSE CIERTOS TITULOS Y DOCUMENTOS

Las sentencias aprobatorias de la partición de una herencia deben registrarse en el libro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887. El trabajo de partición o la partición misma requiere registro especial y está ordenado por los artículos 2654 y 2662. Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio de DE CUJUS a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión. Registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se cumple si lo registrado fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas. Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que les aproveche, pues si los bienes de la hijuela o algunos de ellos están situados en circuitos distintos de aquel en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del Código Civil. En este último caso, es decir, cuando la hijuela requiere un registro especial, por no aprovecharle el del trabajo de partición debido a que el bien o bienes comprendidos en la hijuela están situados en diferente circuito de registro, el de la hijuela debe hacerse en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen en un juicio de sucesión, y no en el número primero ni en el número segundo, porque después de la vigencia de la citada ley de 1887 el libro de causas mortuorias sustituyó a estos últimos cuando el acto o título tenga origen en un juicio de esa naturaleza. Cuando la Corte en algunas de las decisiones ya citadas admitió como título válido la hijuela registrada en el libro número primero, no lo fue por razón de la inscripción en ese libro sino porque además la partición lo estaba en el de causas mortuorias y el bien a que la hijuela se refería estaba ubicado dentro del mismo circuito en que se registró válidamente la partición, de modo que el registro de ésta le aprovechaba a aquélla.

Las sentencias judiciales deben registrarse originales y no en copias. Cuando una de las causales de casación se ha justificado, sin que baste para casar el fallo porque al fallar en instancia la Corte llegaría a la misma conclusión del Tribunal sentenciador, no hay lugar a condenar en costas al recurrente, porque el artículo 537 del C. J. ordena condenar en costas cuando no aparece justificada NINGUNA DE LAS CAUSALES.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos pertinentes en casación.

1º Francisco Becerra contrajo matrimonio católico con Gabriela Mosquera en Popayán, el veintisiete (27) de octubre de mil ochocientos cuarenta y uno (1841) y de ese matrimonio nació en 1844 Belisario Becerra Mosquera.

2º Francisco Becerra compró a la Unión Colombiana un terreno denominado "Sunguvita", situado en los distritos de Pesca y Tota, por escritura número ciento noventa y uno (191), otorgada en Tunja el 8 de julio de 1869 (folio 4, cuaderno Nº 5).

3º El mismo Francisco Becerra, por escritura número catorce (14) otorgada en Sogamoso el 30 de enero de 1886, vendió unos terrenos denominados "Sunguvita" y "Cháviga" a Francisca Rueda, mujer con quien vivía y en quien había tenido varios hijos.

4º Francisco Becerra murió en Sogamoso el 19 de mayo de 1887.

5º Su esposa Gabriela Mosquera y su hijo Belisario Becerra Mosquera siguieron el juicio de sucesión por causa de muerte de su padre Francisco, y por sentencia de 22 de mayo de 1891, dictada por el Juez 3º del Circuito de Sogamoso, registrada en la oficina de registro del mismo Círculo el 21 de julio de dicho año, se aprobó la partición de los bienes relictos, y en dicha partición se formaron hijuelas de adjudicación a favor de Belisario por dos derechos territoriales de valor de $ 19,800 en un avalúo de $ 25,000 sobre el terreno de Sunguvita, y a la cónyuge sobreviviente Gabriela Mosquera se le adjudicó por gananciales el restante derecho de $ 5,200 sobre el mismo terreno de Sunguvita y además todo el terreno de Cháviga, que en los inventarios fue avaluado en $ 1,200.

6º No habiendo obtenido la esposa y el hijo de Francisco Becerra la entrega de dichos terrenos inventariados en la sucesión de su esposo y padre como de su propiedad por hallarse en manos de terceros poseedores, el 26 de agosto de 1895 demanda-

ron, en uso de aquellas calidades, la nulidad por simulación del contrato consignado en la escritura Nº catorce (14) de 30 de enero de 1886, en virtud del cual Francisco Becerra dijo venderle los terrenos de Sunguvita y Cháviga a Francisca Rueda, nulidad cuya declaración judicial obtuvieron por sentencia de primera instancia de fecha 15 de marzo de 1899, declarada ejecutoriada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 16 de septiembre de 1914.

7º Francisca Rueda vendió a sus hijos del mismo apellido y de apellido Becerra, y a sus hijas conjuntamente con sus respectivos maridos, distintos lotes de los terrenos de Sunguvita y Cháviga, diciendo en el respectivo título de venta que esos lotes eran de los adquiridos por compra a Francisco Becerra, en un mismo día, que fue el 29 de octubre de 1893, y reservándose como condición esencial la posesión y el usufructo de los terrenos durante la vida de la vendedora, por escrituras números doscientos treinta y cinco (235) a favor de Luis Ordóñez Lagos y de su esposa Matilde Becerra (folio 1º, cuaderno Nº 6); número doscientos treinta y siete (237) a favor de Luis Felipe Becerra (folio 34, cuaderno Nº 3); número doscientos treinta y ocho (238) a favor de José Leonardo Aranguren y de su esposa Rosalbina Becerra (folio 14, cuaderno Nº 6); número doscientos cuarenta (240) a favor de José Rueda (folio 67, cuaderno Nº 3); número doscientos cuarenta y uno (241) a favor de Rafael Rueda (folio 8, cuaderno Nº 6).

8º Gabriela Mosquera, esposa de Francisco Becerra, murió en el Cauca el 22 de marzo de 1900, y su hijo legítimo Belisario Becerra Mosquera murió en Popayán el 20 de junio del mismo año de 1900, y en el año de 1920 fue declarado heredero de aquéllos, por derecho personal y de transmisión, Alejandro G. López, demandante en el presente juicio.

9º En el testamento que hizo Belisario Becerra Mosquera instituyó herederos de la mitad de sus bienes a Alejandro y a Enriqueta López, también demandados ésta última, y de la otra mitad, a un hijo natural.

10º La demanda afirma que dentro de los linderos generales de los terrenos de Sunguvita y Cháviga, que Francisco Becerra le vendió a Francisca Rueda por escritura Nº catorce (14) otorgada en Sogamoso el 30 de enero de 1886, y que judicialmente se declaró nula, están comprendidos los lotes de terreno materia del presente juicio, que son los mismos inventariados en la sucesión de Francisco Becerra, adjudicados a su esposa Gabriela y a su hijo Belisario en 1891, y que de esos lotes están en posesión los treinta y dos demandados en este juicio, algunos personalmente y respecto de otros la sucesión ilíquida.

Los demandantes Alejandro G. López y Enriqueta López piden contra treinta y dos demandados que se hagan judicialmente las declaraciones que en seguida se resumen:

1º Que pertenecen a la sucesión ilíquida de Belisario Becerra Mosquera, representada por los actores, el dominio y posesión de los terrenos de Sunguvita y Cháviga; que en subsidio le corresponden a la sucesión de Francisco Becerra, representada por los herederos o legatarios de Belisario Becerra Mosquera y de Gabriela Mosquera.

2º Que se condene a los demandados a restituír y a entregar a los herederos de Belisario Becerra, o a la sucesión ilíquida de éste, y en subsidio a la sucesión de Francisco Becerra, los terrenos en cuestión, y

3º Que se les condene como poseedores de mala fe al pago de los frutos naturales y civiles, y caso de que no sean poseedores de mala fe, conforme entonces al ordinal 3º del artículo 964 del C. C., y al pago de las costas procesales.

Posteriormente, el 19 de abril de 1921, se corrigió la demanda en nombre de Alejandro G. López, quien a su vez procede como representante de las herencias de Gabriela Mosquera y de Belisario Becerra Mosquera, contra Francisco Becerra, Luis F. Becerra, y treinta personas y sucesiones ilíquidas más, para que se declare:

1º Que los mencionados terrenos de Sunguvita y Cháviga, por determinados linderos, pertenecen a las sucesiones de Gabriela Mosquera y de Belisario Becerra Mosquera, representadas por Alejandro G. López.

2º Que treinta y dos lotes de terreno, poseídos respectivamente por cada uno de los demandados, conforme a especiales alinderaciones, están comprendidos dentro de los límites generales de Sunguvita y Cháviga, y pertenecen a las referidas sucesiones, y

3º Que en el término de tres días deben restituír esos lotes cada uno de los demandados a tales sucesiones, con sus frutos naturales y civiles como poseedores de mala fe.

De algunos de estos demandados prescindió posteriormente el actor, y aquellos con quienes se siguió el juicio se oponen a la demanda, dicen que la acción está ejercitada de un modo indebido, alegan la prescripción ordinaria y aun la extraordinaria

de dominio sobre el respectivo lote, la nulidad de las hijuelas de 1891 y la ineficacia de la sentencia de nulidad del contrato de compraventa entre Francisco Becerra y Francisca Rueda.

Sentencia recurrida.

Es de fecha 12 de julio de 1934 y fue proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo.

El Tribunal considera:

Personería sustantiva: Que Alejandro G. López, por ser heredero testamentario, judicialmente declarado así, de Belisario Becerra Mosquera, y heredero por transmisión, según reconocimiento también judicial, de Gabriela Mosquera, tiene personería para representar dichas sucesiones y para pedir para ellas.

Prueba del dominio: Que no se demostró que la sucesión de Belisario Becerra Mosquera sea dueña de los terrenos materia de la acción reivindicatoria, porque las hijuelas expedidas a favor de Belisario Becerra Mosquera en la sucesión de su padre Francisco Becerra, en 1891, fueron registradas en el libro Nº 1º, pero no en el de causas mortuorias; porque la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes que dejó a su muerte Francisco Becerra, dictada en 1891, aunque registrada en el libro de causas mortuorias, la partición misma también ha debido ser registrada en dicho libro y sin embargo no lo fue; y, finalmente, porque la sentencia que declaró la nulidad de la venta que Francisco Becerra le hizo en 1886 a Francisca Rueda, si bien fue registrada en el libro de "sentencias definitivas", no lo fue en el libro Nº 1º, y lo registrado fue una copia de dicha sentencia y no la sentencia original.

Por otra parte, considera el Tribunal que es inepta la demanda y que así habría de declararse aun en el supuesto de que se hubiera comprobado el dominio por parte del demandante, porque no tratándose de una comunidad, no se puede perseguir a todos bajo una misma cuerda, sino que ha debido seguirse la acción por separado contra cada uno de los demandados.

Finalmente, considera también el Tribunal que en el mismo supuesto de que el demandante hubiera comprobado que las sucesiones a quienes representa sí son las dueñas de los terrenos de Sunguvita y Cháviga, tampoco hubiera prosperado la acción reivindicatoria, por no estar demostrado que los lotes de terreno que posee cada uno de los demandados, según la alinderación del libelo, quedan comprendidos dentro de los generales de Sunguvita y Cháviga que fueron materia de las adjudicaciones.

Petición subsidiaria a favor de la sucesión de Francisco Becerra.

En cuanto a esta acción el Tribunal encuentra comprobado el dominio que en 1869 adquirió Francisco Becerra sobre el terreno de Sunguvita por compra que le hizo al Gobierno de la Unión Colombiana, por escritura número ciento noventa y uno (191) otorgada en la Notaría de Tunja el 8 de julio de dicho año, que obra en el juicio debidamente registrada (folio 4, cuaderno Nº 5); que como no se trajo al expediente la escritura registrada en que conste que Francisco Becerra salió de ese terreno por venta a Francisca Rueda, ni es aceptable la declaración de nulidad de esta venta por la falta del debido registro, el dominio del terreno de Sunguvita no ha salido de cabeza de Francisco Becerra, no se ha transmitido a otra persona y él radica en sus representantes legales.

Pero encontrando el Tribunal, de otro lado, que los linderos por los cuales compró Francisco Becerra en 1869, no concuerdan con los que trae la demanda, no puede hacerse le declaración pedida en la acción subsidiaria, por falta de identidad del terreno materia de la reivindicación.

Y hallando improcedente en sí misma la acción, considera el Tribunal que no es el caso de estudiar si las excepciones están probadas. Y como el Juez de primera instancia en cambio encontró probadas las excepciones perentorias de prescripción de dominio y de inepta demanda, concluye el Tribunal su sentencia reformando aquélla en el sentido de absolver totalmente a los demandados y de declarar que no hay lugar a considerar las excepciones perentorias que algunos de ellos propusieron.

Motivos alegados en casación.

Con poder de sustitución emanado de Alejandro G. López, demandante, se pide la casación del fallo cuya síntesis se acaba de hacer.

La Corte procede a resumir los ataques del fallo en el orden en que luégo habrá de estudiarlos.

Colocándose el recurrente demandante dentro de la primera causal del artículo 520 del C. J., la impugna por tres motivos:

Primer motivo: En primer lugar considera que el sentenciador violó los artículos 2641, 2652, 2653, 2661 y 2662 del C. C. por infracción directa e interpretación errónea (folio 11, C. de la Corte).

Dice el recurrente que los títulos que se derivan de un juicio de sucesión requieren el registro. El de la sentencia o aprobación judicial de la partición, en el libro de causas mortuorias, de acuerdo con los artículos 2652 del C. C. y 38 de la Ley 57 de 1887:—y que la partición, o las hijuelas que se expidan después de protocolizado el expediente, se registren en el libro número 1º, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 2641 del mismo Código. Y argumenta que el artículo 2652 no exige que al mismo tiempo que se registre la sentencia aprobatoria de la partición se inscriba la partición misma, dado el contexto del ordinal 6º de dicho artículo; y que la inscripción de la hijuela de adjudicación, que lleva en sí la sentencia aprobatoria registrada, verificada en el libro Nº 1º de la oficina del círculo en donde los inmuebles están ubicados, es lo que llena la formalidad de la traslación del dominio exigida por el artículo 2641, para lo cual basta el registro en el libro Nº 1º.

Agrega que los artículos 2657, 2661 y 2662 no permiten concluír tampoco quo el registro de la partición misma sea formalidad sine-qua-non, pues al contrario, el 2661 indica cómo debe hacerse la inscripción de la sentencia o decisión judicial y el siguiente da las reglas para el registro de los actos legales de partición. Registrada la sentencia en el libro de causas mortuorias, en obedecimiento al artículo 2652, ordinal 6º, queda cumplido lo que exige el artículo 2653 con la de cada hijuela en el número 1º del respectivo círculo de ubicación del inmueble. Argumenta para sustentar su tesis de que la ley no exigía el registro de la partición misma y a la vez de la sentencia aprobatoria, que una nueva disposición de 1931, que es el artículo 967 del C. J., tuvo necesidad de decirlo así expresamente, precisamente porque antes no existía esa formalidad.

Y como el Tribunal entendió que en el libro de causas mortuorias debía haberse registrado no sólo la sentencia aprobatoria de la partición sino la partición misma y además las hijuelas, no obstante que éstas lo estaban en el libro Nº 1º, y que todos los bienes radican en el mismo circuito en que se registró la sentencia aprobatoria, y ésta lo fue en el de causas mortuorias, acusa el fallo de haber infringido directamente y de haber interpretado erróneamente los artículos 2641, 2652, 2653, 2661 y 2662 del C. C.

La síntesis de los cargos hechos por el recurrente en este primer motivo pueden sintetizarse todavía más, así: Si la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes mortuorios ha sido registrada en el libro de causas mortuorias, y las hijuelas lo han sido en el de Registro Nº 1º, están cumplidas las exigencias de la ley en cuanto a registro o tradición por esa causa, porque el registro del trabajo mismo de partición no es esencial, no lo exigen sine qua non los artículos 2661 y 2662 del C. C., y el registro de la cartilla o hijuela de adjudicación en el libro número 1º, por llevar consigo la sentencia aprobatoria ya registrada; es el que consuma la traslación a favor del adjudicatario.

La Corte considera:

En la interpretación de los preceptos legales que el recurrente cita como infringidos, la doctrina de la Corte ha sido uniforme y constante, pero para apreciarla así es necesario cerciorarse de los casos concretos sobre que ha recaído cada decisión y también de la manera como las demandas en casación han planteado la respectiva cuestión ante la Corte; tomar aisladamente los razonamientos con que ésta responde es presentar la doctrina en forma incompleta que no traduce su verdadero pensamiento y exponerla a confrontaciones contradictorias, según el interés de cada parte en alegar el sentido de las doctrinas, como sucede en este caso, y en el que trae la sentencia de 26 de junio de 1931 (G. J., número 1880, págs. 151 y siguientes).

En materia de registro de los actos o títulos que tengan origen en un juicio de sucesión, son uniformes las decisiones de la Corte, y pueden consultarse las de fechas: 1890 (G. J., pág. 310, año V); diciembre 15, 1923 (tomo XXX, pág. 253 y 254 de la G. J.), 12 de julio de 1920 (G. J. Nº 1449); 13 de diciembre de 1930 (G. J. Nº 1874); 26 de junio de 1931 (G. J. Nº 1880, págs. 152 y 153); y 19 de agosto de 1932 (G. J. Nº 1889, págs. 457 y 458).

En vista de los artículos 2652, ordinal 6º, 2654, 2661, 2662 y del tercer aparte del artículo 38 de la Ley 57 de 1887, y de las doctrinas ya citadas, puede afirmarse:

Están sujetas al registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, según el ordinal 6º del artículo 2652 del C. C.; y el registro de dicha sentencia, aprobación o decisión judicial se conformará a lo dispuesto en los

artículos 2659 y 2681 del mismo Código, y se debe hacer en el libro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887. Al tenor de estos preceptos no puede concluirse que la sentencia judicial que aprueba el trabajo de partición incluya en sí o reproduzca el trabajo mismo de partición, pues se acostumbra por los jueces, porque la ley no exige otra cosa, referirse apenas en dicha sentencia a la partición que se aprueba, pero no reproducirla en el texto de la sentencia. Y como en el registro la designación de la cosa se hace según aparezca en el título o documento, que es lo que manda el ordinal 3º del artículo 2659, y la "cosa" no se designa en la sentencia aprobatoria de la partición por su situación y linderos sino que, en cuanto a estos, apenas hay una referencia a los que trae el trabajo mismo de partición, es claro que al registrarse la sentencia, acto o decisión judicial que aprueba el trabajo de partición, no quedan registradas las cosas mismas partidas por su situación y linderos, a menos que en la sentencia se haya hecho la reproducción total de la partición que se aprueba, procedimiento que, ni lo exige la ley, ni se acostumbra, como ya se ha observado, caso este último en que habría que estudiar si el registro de la partición incorporada sería o no eficaz.

El trabajo de partición misma, presentado por el partidor o partidores y que incluye en su contexto las respectivas hijuelas formadas a cada adjudicatario, requiere registro especial, distinto al de la sentencia que después lo aprueba, porque son piezas diferentes que se cumplen cada cual en su momento y con fines propios; el registro o inscripción del acto mismo de partición está ordenado por los artículos 2654 y 2662 del C. C.; y el de la sentencia judicial que lo aprueba, por los artículos 2652, ordinal 6º, y 2661 del C. C.

Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio del de cujus a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión.

Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación si la partición misma no ha sido registrada y, al contrario, se cumplen si lo ha sido, porque según el artículo 2662, la partición que se registra comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se cumple si lo registrado fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas.

Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que inscribió la partición, para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o alguno de ellos están situados en circuitos distintos a aquel en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C.

En este último caso, es decir, cuando la hijuela requiere un registro especial, por no aprovecharlo el del trabajo de partición debido a que el bien o bienes comprendidos en la hijuela están situados en diferentes circuitos de registro, el de la hijuela debe hacerse en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen en un juicio de sucesión, y no en el número primero ni en el número segundo, porque después de la vigencia de la citada ley de 1887 el libro de causas mortuorias sustituyó a estos últimos cuando el acto o título tenga origen en un juicio de esa naturaleza.

Cuando la Corte en algunas de las decisiones ya citadas admitió como título válido una hijuela registrada en el libro número primero, no lo fue por razón de la inscripción en ese libro, sino porque además la partición lo estaba en el de causas mortuorias y el bien a que la hijuela se refería estaba ubicado dentro del mismo circuito en que se registró válidamente la partición, de modo que el registro de ésta le aprovechaba a aquélla.

Precisamente la sentencia de casación de 12 de julio de 1920, que el recurrente transcribe en mínima parte, en un aparte dislocado, admitió como título una hijuela sin registro, pero por la circunstancia de que, según lo dice la sentencia en párrafo no citado por el recurrente, la Corte partía del supuesto de que en cambio la partición sí lo estaba y de que el registro de la partición comprendía el de la hijuela. Esa misma sentencia de 12 de julio de 1920, también fue incompletamenta citada e invoca-

da en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 26 de junio de 1931, en donde la Corte hubo de restablecer su verdadero sentido haciendo todas las transcripciones pertinentes.

Ahora bien, las hijuelas traídas al presente juicio, emanadas de la sucesión por causa de muerte de Francisco Becerra, a favor de Belisario Becerra Mosquera y de Gabriela Mosquera de Becerra, marcadas con el número veintisiete (27) y expedidas por el Notario de Sogamoso el 11 de noviembre de 1891, que corren a folios 17 a 25 del primer cuaderno, consta en el cuerpo de ellas que en la Oficina de Registro de Sogamoso se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición el 21 de julio de 1891 en el libro correspondiente, dice la nota de registro, libro que resultó ser, según se comprobó en inspección ocular practicada en este juicio por el Tribunal sentenciador, el de Causas Mortuorias, y al pie de cada hijuela hay una nota de inscripción en que el Registrador de Pesca dice que el 22 de diciembre de 1914 quedó inscrita la hijuela en el Libro de Registro número primero. Por su parte, el Tribunal en la misma inspección ocular indagó especialmente si además de la sentencia aprobatoria había sido registrada también la partición misma y constató que no lo había sido. Es decir, en resumen, que en el de Causas Mortuorias se registró la sentencia aprobatoria, y en el número primero las hijuelas 23 años después, pero la partición misma, que es la que comprende las hijuelas, según el artículo 2662, no fue registrada en ningún libro.

El Tribunal apreció, pues, muy bien la nota de registro como prueba de la inscripción únicamente de la sentencia aprobatoria, e hizo muy bien en considerar que la partición misma también ha debido ser registrada, pues, como queda dicho, el ordinal 6º del artículo 2652 y el artículo 2651 exigen el registro de la sentencia, y los artículos 2654 y 2662 exigen el de la partición; hizo muy bien en considerar que el registro de la mera sentencia no incluye el de las hijuelas, porque es el de la partición el que las comprende, según el 2662; y, finalmente, hizo muy bien el Tribunal en no aceptar como bien hecho el registro separado de las hijuelas, en el Libro número primero, porque también estas piezas deben serlo, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, en el de Causas Mortuorias, a menos que hubiera estado registrada la partición misma, porque entonces las comprendía y hubiera estado de sobra cualquier registro de las hijuelas. El de éstas, y eso en el de Causas Mortuorias, no es necesario sino cuando ellas versan sobre bienes ubicados en otro círculo de registro distinto de aquel en que se protocolizó el trabajo de partición.

No es pues aceptable la tesis del recurrente de que la partición misma no necesitaba registro, y que basta el de la sentencia que la aprueba, ni tampoco que las hijuelas puedan registrarse válidamente en el Libro número primero. Ni el Tribunal violó los artículos ya citados, pues los aplicó debidamente. El recurso, en cuanto a este primer motivo, es infundado.

Segundo motivo: Se refiere el recurrente a la desestimación que hizo el Tribunal del mérito probatorio de la copia registrada de la sentencia dictada por el Juzgado del Circuito de Sogamoso el 15 de marzo de 1899, que declara la nulidad del contrato de compraventa de los terrenos de Sunguvita y Cháviga, hecha por Francisco Becerra a Francisca Rueda el 30 de enero de 1886, ante el Notario primero de Sogamoso, desestimación que, como ya dijo la Corte al resumir la sentencia acusada, la funda el Tribunal en dos razones: En que no se registró la sentencia original, sino una copia de ella; y en que la inscripción aparece hecha en el libro de sentencias definitivas y no en el de registro número primero.

El recurrente considera que el Tribunal interpretó erróneamente y aplicó indebidamente los artículos 2652, ordinal 2º, 2657 y 2661 del C. C., por cuanto estos preceptos no dicen de manera expresa y obligante que las sentencias deben registrarse originales, aun cuando sea lo más conveniente, ni prohiben el registro de las copias de los fallos so pena de nulidad. Dice el recurrente que si bien es lo más natural y conveniente que la nota de inscripción se ponga al pie de la sentencia en el expediente original, de ahí no puede deducirse la falta de valor legal del registro de una copia auténtica del mismo fallo, pues siempre se cumple el fin del registro de las sentencias, que es el de darles publicidad. Que como la copia que se registró y que obra en el juicio es un documento auténtico, su no aceptación implica violación de los artículos 1758 del C. C., 678 del C. J. anterior y 632 del C. J. vigente.

Con el rechazo también violó el Tribunal, considera el recurrente, el artículo 631 del C. J. anterior, y el 473 del vigente, que es igual, por cuanto ellos reconocen la fuerza de fallos definitivos y hacen tránsito a cosa juzgada, aspectos que desconoció el Tribunal.

En cuanto al rechazo de la copia de la sentencia por haber sido inscrita en el li-

bro del mismo nombre, dice el recurrente que si bien es verdad que con esa denominación el C. C. no ordena llevar ningún libro de registro, también lo es que tal libro, que se lleva en la Oficina del Registro de Tunja, es una dependencia del Libro número primero, por razones de método y de claridad, para mayor facilidad del público, que revela mayor método en la aplicación de las disposiciones sobre registro. Y aunque el recurrente no dice qué preceptos legales se violaron en este caso, parece que sea otro aspecto para fundar la violación de los artículos 2652, 2657 y 2661 del C. C.

La Corte considera: La redacción del artículo 2657 del C. C. es bastante clara en distinguir el modo de llevar a efecto el registro de un título o documento, tomando la palabra título en un sentido amplio, presentado al Registrador en copia auténtica, y la sentencia o decreto judicial en su caso, presentado el original y no la copia. En efecto, el texto de dicho artículo es el siguiente: "Para llevar a efecto el registro, se exhibirá al Registrador copia auténtica del título o documento, y la sentencia o decreto judicial en su caso". Parece que el legislador, que en forma tan estricta estableció la institución del registro y que tan severamente sanciona sus transgresiones, quiso prevenir las posibles adulteraciones a que se prestaría la intervención de terceros y aun de interesados que obtuvieran copias de las sentencias o decretos judiciales para llevarlas ellos mismos al Registrador, y quiso dar mayor seguridad a las otras partes y a terceros haciendo que el registro recaiga directamente sobre la sentencia y el expediente original, y no sobre copias de ella, que podían ser copias de copia si el secretario la expide, por ejemplo, del libro copiador de sentencias que se lleva en los Juzgados. Quizá por esta razón la doctrina ha prevalecido en ese sentido, y lo cierto es que ella está sólidamente fundada en el texto del artículo 2657 del Código citado.

No ha sido pues violado el artículo 2657, ni por consiguiente lo han sido tampoco el numeral 2º del 2652, ni el 2661 del C. C., porque estos no dan pie para dudar de si lo que debe registrarse es el original o la copia de la sentencia, y la duda planteada por el recurrente se soluciona no más con el artículo 2657.

En cuanto a la violación de los artículos 473 del C. J. vigente y 831 del anterior, no es aceptable que se piense siquiera que pudieron ser violados, porque no ocurre en el juicio, ni juega papel ninguno en la sentencia, el fenómeno de la cosa juzgada.

Todavía es menos fundado el cargo consistente en que el registro en el libro denominado por el Registrador de Tunja "de sentencias definitivas", equivalga al de Registro número primero, ya por cambio de nombre, ya por ser una derivación, u otro tomo de este último libro. No es aceptable la explicación del recurrente, porque en materia de registro no pueden suponerse equivalencias ni variaciones en la nomenclatura de los libros, ni menos pueden hacerlo los registradores, aun con pretexto de mejorar en claridad y garantías el método implantado por la ley.

La ineficacia probatoria de un instrumento que debiendo ser registrado no lo fue, o que debiendo haberlo sido en un determinado libro lo fue en otro, es una consecuencia perentoriamente establecida por el artículo 2673 del C. C., porque el registro no sólo debe hacerse en la respectiva oficina, sino "conforme a lo dispuesto en este Código". No se diga que los fines de la ley se cumplen con el solo hecho de que se haga la inscripción en cualquiera de los libros; porque si esos fines son, como lo dice el artículo 2637 del C. C., dar más publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, ellos no se cumplen debidamente cuando la inscripción se hace en el libro que no corresponde, pues la división en libros establecida por la ley, tiene por objeto hacer más fácil y expedita la busca de los extractos o registros, de tal manera que conociendo la especie de documentos o títulos que debió registrarse, baste buscar en el libro o libros correspondientes y no en otros en que no tiene por qué estar registrado aquél.

Tampoco, pues, es fundado este cargo.

Causal 2ª del artículo 520 del C. J.—Entra ahora la Corte a estudiar el cargo que el recurrente expone en primer lugar de su demanda de casación, consistente en que la sentencia acusada resolvió sobre un punto que no fue objeto de la controversia, de modo que la acusa por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

En desarrollo y fundamento del cargo, el recurrente dice que el sentenciador entró a estudiar en la parte motiva y a desatar en la resolutiva la petición subsidiaria que en el primitivo libelo se hizo a favor de la sucesión de Francisco Rueda, representada en esa primera ocasión por Alejandro G. López, Enriqueta López y Federico Becerra M.; cuando en el segundo libelo de demanda quedó sustituída totalmente la súplica de la primera demanda con absoluta prescindencia de la petición subsidiaria, pues ya

no se pidió para la sucesión de Francisco Rueda, sino para las sucesiones de Gabriela Mosquera y de Beliesario Becerra Mosquera, representadas por Alejandro G. López. Y como sin embargo el Tribunal estudió y falló la acción subsidiaria, violó el artículo 471 del C. J., según el cual las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, y este proceder le causa perjuicios a sus intereses por cuanto de perder la acción ejercitada debe quedarle a salvo el derecho de intentar la misma acción reivindicatoria a favor de la sucesión de Francisco Becerra, sin el obstáculo de la cosa juzgada.

Considera la Corte: No es manifiesta la sustitución total de la parte petitoria del segundo libelo, como lo cree el recurrente, para que la del primer libelo hubiera podido estimarse abrogada en el sentido de que se prescindió de la súplica subsidiaria. Mucho menos lo fue en forma expresa. Ni podía serlo, porque la primitiva demanda fue propuesta no solamente por el actor Alejandro G. López, que fue quien hizo la aclaración, enmienda y corrección, sino por él y por otros dos colitigantes, que fueron Enriqueta López y Federico Becerra Mosquera, quienes no suscriben la segunda demanda y no han desistido de la primera, de manera que el Tribunal hizo muy bien en estudiar y resolver tanto uno como otro libelo una vez que la corrección hecha por Alejandro G. López no se opone a que se estudie y resuelva la que en unión de sus dos compañeros del primer libelo hicieron subsidiariamente; porque las peticiones no son contradictorias entre sí; porque la litis se trabó con los demandos teniendo en cuenta uno y otro libelo, que fueron ambos objeto de traslado; y, finalmente, se repite, porque no habiendo desistido Enriqueta López y Federico Becerra Mosquera de su demanda primitiva, son partes en el juicio y debe resolvérseles judicialmente la cuestión planteada y debatida. De lo dicho se advierte que no es fundado tampoco este cargo en casación.

Tercer motivo: Colocándose de nuevo dentro de la primera causal de casación, el recurrente dice que el Tribunal desconoció varias pruebas que arroja el expediente sobre la identidad de los bienes cuya reivindicación se ha ejercido, y que al desconocer la identidad, incurrió en error de hecho que lo llevó a la violación en derecho de los artículos 593, 597, 598, 603 y 630 del Código Judicial y los correspondientes del Código abolido.

El Tribunal dijo:

"...Empero, en el caso de que sí hubiera logrado comprobarse el dominio de los terrenos de Sunguvita y Cháviga, en favor de las sucesiones demandantes, tampoco podría decretarse la reivindicación por no aparecer demostrado que los lotes de terreno que posee cada uno de los demandados, según la alinderación indicada en el libelo de demanda, quedan comprendidos dentro de los terrenos de Sunguvita y Cháviga, que aparecen alinderados en las cartillas de adjudicación, es decir, faltó establecer la identidad de tales inmuebles, lo que pudo hacerse por medio de una inspección ocular practicada por peritos nombrados por las partes. Esa prueba brilla por su ausencia en el expediente".

Después de transcribir este párrafo de la sentencia, el recurrente dice que tal concepto está en abierta pugna con el contexto de los títulos traídos al expediente por demandante y demandado, con la confesión que hicieron los demandados al dar contestación a la demanda y con el fallo que decidió las excepciones dilatorias.

En cuanto a algunos de aquellos títulos y en cuanto a la confesión de algunos de los 32 demandados, es evidente el reparo que se hace a la sentencia. En efecto, a folios 1 y 14 del cuaderno de pruebas número 6, obran las escrituras números doscientos treinta y cinco (235) y doscientos treinta y ocho (238), y a folio 34 del cuaderno número 3, la escritura doscientos treinta y siete (237), todas otorgadas el 29 de octubre de 1893 en la Notaría de Pesca, por medio de las cuales la señora Francisca Rueda dice vender a Luis Ordóñez Lagos y a su esposa Matilde Becerra, a José Leonardo Aranguren y a su esposa Rosalvina Becerra, y a Luis Felipe Becerra, respectivamente, lote o lotes de terreno situados en Sunguvita y Cháviga, o en uno solo de estos lugares, por linderos especiales, y allí advierte la vendedora, después de reservarse de por vida su posesión y usufructo, que dichos lotes cuyo dominio transfiere, son de los que hubo por compra a Francisco Becerra, mediante la escritura número catorce (14), de 30 de enero de 1886 (la misma cuyo contenido fue anulado por simulación, por el poder judicial, advierte la Corte).

Existe también la prueba de confesión sobre el hecho de que el terreno poseído por varios de los demandados en este juicio es parte integrante del general de Sunguvita y Cháviga, como puede verse de la manifestación que hacen Luis Felipe Becerra, Rosalvina Becerra, Francisco Becerra, Luis Ordóñez Lagos, José Millán, Guillermo Mon-

taña, Rudesindo Sánchez, en memorial dirigido al juez de la causa el 21 de abril de 1927, que obra a folios 95 a 98 del cuaderno de pruebas número 4, en donde así lo manifiestan, con toda claridad, al explicar el origen titular de su posesión inscrita, y con el fin expreso de fundar la excepción de haber adquirido el dominio del respectivo lote, ya por prescripción ordinaria, ya extraordinaria, como poseedores regulares o aun irregulares del terreno.

El Tribunal no reparó, pues, en estas pruebas, que se citan como ejemplo entre otras, por medio de las cuales se llega a la seguridad de que realmente hay identidad entre los lotes objeto de la acción de dominio ejercitada en el juicio y los que poseen algunos de los demandados. El Tribunal, en el párrafo transcrito arriba, echó de menos una inspección ocular para acreditar la identidad de los terrenos, no siendo ésa la única prueba conducente, puesto que a la misma demostración se puede llegar, y la convicción se produce por medio de otras pruebas, como la confesión de parte, declaraciones fundadas y razonadas de testigos, contenido de escrituras, etc.

Preciso es, pues, convenir con el recurrente en que la sentencia acusada es casable por este motivo, dentro de la causal primera; mas no habrá de decidirse así este recurso, porque la Corte, al fallar en instancia, llegaría a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, caso en el cual la doctrina legal se habrá restablecido por la Corte dentro del examen de los cargos, y se habrá llenado el fin de la institución de la casación, que es principalmente el de uniformar la jurisprudencia, según el artículo 519 del C. J. Tanto vale restablecer el verdadero sentido de la ley y uniformar consiguientemente en ese punto la jurisprudencia, dentro de sentencia de instancia como en el estudio de un motivo fundado en derecho, pero inconducente para cambiar la decisión final de la controversia. En este caso, cuando una de las causales se ha justificado en derecho, pero no basta para cambiar el sentido del fallo, llenado así el fin único que la ley se ha propuesto con este recurso extraordinario, aunque no el otro que la parte se propuso de modificar a su favor la resolución, no hay lugar a imponer las costas del recurso al recurrente, porque el artículo 537 del C. J. ordena condenar en costas cuando no aparece justificada ninguna de las causales.

El cargo alegado y reconocido referente a la identidad de algunos de los lotes materia de la reivindicación no es suficiente para la infirmación, porque tratándose de una acción de esa naturaleza, ella no prospera si el dominio no se ha demostrado a la vez a favor del reivindicante. Y ya se vio al examinar otros cargos de casación, que la sentencia es intocable por no poderle dar mérito probatorio a las hijuelas mal registradas y derivadas de una partición sin registro (art. 2673 del C. C.), hijuelas con que se pretende demostrar la tradición del dominio a favor de Belisario Becerra y de Gabriela Mosquera de Becerra, cuyas sucesiones son las demandantes, representadas por el heredero Alejandro G. López.

Pero hay más, la sentencia acusada no se funda solamente en los puntos atacados por el recurrente. Ella tiene otra base, cierta o no, que el recurso no tiene en cuenta para tratar de infirmarla, y que por tanto no puede la Corte considerarla y en la cual se apoyaría el fallo, aun en el caso de que los motivos alegados fueran todos fundados. Y es que el Tribunal consideró que existía una ineptitud sustantiva de la demanda consistente en haberse demandado bajo una misma cuerda a los 32 poseedores de lotes diferentes, siendo así que no son comuneros, caso en el cual, dice el Tribunal que debió habérseles demandado separadamente, y no en una sola ocasión por no representar ellos una comunidad. Este punto de vista, fundado o no, subsiste, porque el fallador dice, a folio 60 vuelto de su sentencia, que habría tenido que declarar probada la ineptitud sustantiva en el caso de que fuera viable la acción de dominio.

El juez de primera instancia llega a la conclusión de que los demandados en general (porque no hizo el estudio de cada una de sus posesiones) están en posesión material e inscrita desde el siglo pasado, de los terrenos cuya restitución se persigue, consideró que los habían adquirido por prescripción ordinaria y declaró a su favor la respectiva excepción perentoria. El Tribunal no alcanzó a estudiar la posesión de los demandados, porque llegó antes a la conclusión de que los actores no habían demostrado el dominio, que es la acción incoada en el juicio. La Corte, limitada al estudio de los cargos contra la sentencia del Tribunal, no tiene ocasión de examinar la posición de poseedores con que se presentan los demandados, y así se limita a anotar y destacar por tanto dicha situación de poseedores con que éstos aparecen, según el juez, desde el siglo anterior, amparados por tanto con la presunción de dominio a su favor, según el artículo 762 del C. C. Esta circunstancia hace más pertinente todavía el rigor en el examen de los títulos inscritos con que se pre-

tende desvirtuar aquella presunción de dominio.

Por lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, 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.

No hay costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e 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.

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE INCENDIO.—ART. 2005 DEL C. C. DIFERENCIA ENTRE LA PRUEBA DEL CASO FORTUITO Y LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CULPA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

El veintiocho de octubre de mil novecientos veintiséis fue destruído por un incendio un edificio situado en la ciudad de Barranquilla, calle de Santander, destinado especialmente para bodegas y depósitos de mercancías, de propiedad de los señores Antonio y Bonifacio Faillace, edificio que ocupaba entonces, en calidad de arrendataria, la sociedad de comercio "A. Held".

Por demanda de cuatro de junio de mil novecientos veintisiete, los señores Faillace pidieron que se declarara a la sociedad "A. Held", responsable civilmente del incendio y destrucción del mencionado edificio y que, en consecuencia, se la obligara a pagar a los demandantes "todos los perjuicios y daños que consisten en la destrucción del edificio por el incendio y en la pérdida de los frutos civiles durante todo el tiempo que corre entre la fecha del incendio y la del pago de la indemnización".

Estimaron los demandantes el valor de los daños y perjuicios en la suma de diez y ocho mil pesos, "que era el justo precio del edificio, sin el suelo, el día del incendio, según estimación que se ha hecho de acuerdo con el precio normal de la propiedad raíz aquel día, más el monto de los frutos civiles.... los cuales se estiman desde ahora en la cantidad de doscientos cuarenta por mes".

El Juzgado 2º de Barranquilla, por sentencia de fecha de once de marzo de mil novecientos treinta y tres, condenó al demandado a pagar a los señores Antonio y Bonifacio Faillace, por concepto de los daños y perjuicios ocasionados a éstos por la destrucción del edificio incendiado y por la pérdida de los frutos civiles, la suma de treinta y dos mil ochocientos setenta y dos, oro legal.

Apelada esa providencia, el Tribunal Superior de Barranquilla la revocó, y, para reemplazarla dijo: que la sociedad de comercio "A. Held" sí era arrendataria de los señores Faillace la noche del incendio (cuestión ésta que se debatió largamente en el juicio), pero que no era responsable de la destrucción y la pérdida del edificio causadas por tal incendio y que, en consecuencia, no estaba obligada a pagar a los arrendadores los daños y perjuicios demandados por éstos.

II

Por medio de apoderado acusaron en casación la referida sentencia los señores Faillace, formulando contra ella tres cargos, a saber:

1º—Violación, por infracción directa, del art. 1730 del Código Civil, por cuanto el Tribunal consideró que el arrendatario, tenedor de la cosa, no la debe, o, en otros términos, que el arrendatario no es deudor, y en esa inteligencia se negó a aplicar el referido texto que dice:

"Siempre que la cosa perece en poder del deudor se presume que ha sido por hecho o culpa suya".

2º—Violación, por errónea interpretación del artículo 2005 del Código Civil, por cuanto el Tribunal consideró que la casa demandada no estaba en la obligación, para eximirse de responsabilidad, de probar "el he-

cho afirmativo de la causa cierta del siniestro", sino que le bastaba demostrar que en lo general había tenido todo el cuidado de un buen padre de familia. En sentir del recurrente, el Tribunal ha debido exigir, no la simple prueba de la prudencia o diligencia, sino la prueba del hecho afirmativo: la causa ajena, precisa, concreta, determinada que excluya la presunta culpa que establecen los arts. 2005 y 1730.

3º—Violación de los arts. 593 y 697 del Código Judicial, por el "error evidente de hecho de no haber tenido en cuenta una prueba testimonial completa" (la presentada por el demandante sobre un hecho que:

"patentiza el descuido, la imprudencia y la negligencia: el de prender constantemente fuego dentro de un depósito de gran volumen de mercancías, muchas de ellas inflamables, como proyectiles y otras de fácil combustión, como aceites, pinturas, aguarrás, etc." En sentir del recurrente, el Tribunal apreció erróneamente la prueba testimonial, formada por las declaraciones de Eulogio Herrera, Guillermo Duncan, Rafael Altamar, Osvaldo Gallardo, Teófilo Palacio, Pablo Pacheco, Miguel Rebolledo y Cupertino Dávila, e incurrió en un error de hecho evidente al dejar de apreciar las declaraciones rendidas sobre este mismo particular por los testigos Luis Jiménez, Manuel Zapata, Moisés Chaparro, Octavio Briceño y Manuel Dederlé.

El opositor estima: a) "que la cita que el actor ha hecho del artículo 1730 del Código Civil, como aplicable al caso, carece de todo fundamento"; b)—que las consideraciones hechas por el recurrente sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio, pueden ser aplicables en Francia, por existir en el Código de Napoleón la disposición especialísima contenida en el art. 1735, pero lo que rige entre nosotros para el caso de incendio, es lo que en Francia constituye el "derecho común", conforme al cual lo que al arrendatario corresponde probar, para quedar libre de responsabilidad, es que puso en la conservación de la cosa el cuidado de un buen padre de familia; c)—Que existiendo declaraciones contradictorias sobre los hechos a que se refieren las declaraciones citadas por el recurrente para fundar su tercer cargo, el juez de instancia podía atribuír el valor que creyera conveniente a las pruebas de que habla el recurrente, o prescindir de ellas, y que la Corte, como tribunal de casación, no puede considerar este aspecto del problema.

III

Para proceder en un orden lógico, la Corte estudiará, en primer término, el cargo concerniente a la violación del art. 2005 del Código Civil; en seguida sacará las consecuencias que de ese mismo estudio se desprenden en relación con la aplicabilidad del art. 1730, y finalmente estudiará la cuestión de pruebas planteada por el recurrente en su tercer cargo sobre violación de los arts. 593 y 697 del Código Judicial, por el error evidente de hecho de no haberse tenido en cuenta una prueba testimonial completa.

Artículo 2005

El problema jurídico que aquí se ventila ha quedado nítidamente planteado en estos términos: a juicio del recurrente, el Tribunal violó, por errónea interpretación, el art. 2005, porque consideró "que la casa demandada no está en la obligación de probar cuál causa cierta determinó el incendio o destrucción del edificio". A juicio del recurrente, el arrendatario no podía eximirse de responsabilidad "sino probando el hecho afirmativo de la causa cierta del siniestro": no le bastaba demostrar que había tenido el cuidado de un buen padre de familia.

En cambio, en concepto del opositor, el arrendatario, "para demostrar que los daños y pérdidas de la cosa arrendada no sobrevinieron por su culpa", lo que debía probar, y lo probó, era el haber empleado aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. En otros términos, al exigir la ley la prueba de que la pérdida de la cosa no sobrevino por culpa del arrendatario, lo que exige no es otra cosa que la demostración, por parte de éste, de la ausencia de culpa, o sea, de haber empleado en la conservación y goce de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. En síntesis: a tiempo que, para el recurrente, el demandado sólo podía eludir la responsabilidad probando el caso fortuito o la causa extraña, para el opositor resulta suficiente la prueba de la ausencia de culpa.

Tanto el opositor como el recurrente defendieron con grande esmero y erudición sus respectivos puntos de vista e invocaron abundante y muy autorizada doctrina extranjera —especialmente francesa— para esclarecer el problema.

Por eso, y porque en realidad arrojan mucha luz sobre las cuestiones planteadas los detenidos y admirables estudios que los grandes jurisconsultos contemporáneos franceses han consagrado a los arts. 1732 y 1733 del Código Francés —artículos que se han

citado y aducido repetidamente en este juicio—, la Corte no considera improcedente sino muy útil comenzar por comparar la legislación francesa y la colombiana sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.

De conformidad con el inciso final del art. 2005 del C. C. colombiano, "en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce (el de la cosa arrendada), deberá probar (el arrendatario) que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba se hará responsable".

El art. 1732 del Código francés contiene, en substancia, el mismo principio: "el arrendatario responde de los daños o pérdidas que sobrevengan durante su goce (de la cosa arrendada), a menos que pruebe que tuvieron lugar sin su culpa". Pero el art. siguiente del mismo código francés, enfocando ya especialmente la cuestión del incendio de la cosa arrendada, establece lo siguiente: "El arrendatario responde del incendio a menos que pruebe que el incendio aconteció por caso fortuito o fuerza mayor, o por vicio de construcción, o que el fuego ha sido comunicado por una casa vecina".

A primera vista, la simple confrontación del texto colombiano con los textos franceses podría ser suficiente, como lo sostiene el opositor, para llegar a la conclusión de la exactitud de la tesis sostenida por él, puesto que, como lo anota éste, en Francia se exige la prueba positiva del caso fortuito o de la causa extraña en caso de incendio, en virtud de un texto especial que modifica, para el caso, el principio general consagrado en el art. 1732 igual a nuestro art. 2005.

Sin embargo, no sería, ni con mucho, bastante esa consideración para resolver la cuestión planteada.

Si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo que autores tan modernos y prestigiosos como Josserand y Demogue dicen en relación con los dos citados textos del código francés, se ve claramente que de la simple disparidad de las dos legislaciones en cuanto al caso de incendio, no podría sacarse la conclusión que saca el opositor.

Por el contrario, se llegaría, a la luz de esa doctrina, y no obstante la disparidad anotada, a la tesis del recurrente.

"Esta obligación (la de velar por la conservación de la cosa) —dice Josserand— es el corolario de la obligación de restitución: desde el momento en que el arrendatario está eventualmente obligado a restituir los lugares alquilados (les lieux loués), a la expiración del arriendo, él tiene la posición del deudor de un cuerpo cierto; su responsabilidad se compromete, pues, por la pérdida o deterioro de la cosa, en los términos del derecho común, es decir, a menos que demuestre que el acontecimiento provino de una causa extraña que no podría serle imputada; es así como debe ser comprendido el art. 1732... El art. 1733, inciso primero, consagra el derecho común de la responsabilidad; no lo deroga en ninguna manera. De esta idea de que el art. 1733 no hace sino aplicar al arrendatario, en caso de incendio de la cosa arrendada, la responsabilidad contractual del derecho común, hay que sacar las siguientes consecuencias... Al arrendatario no le sería posible alegar que la causa del incendio es desconocida o que no ha incurrido en culpa; esta prueba negativa es ineficaz aquí, como de una manera general en materia de responsabilidad contractual" (v. Tomo II, Nos. 1198-99). Demogue (tomo VI, Nº 608) expone, en el mismo sentido, lo siguiente:

"Lo que liberta al deudor es la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor y no la de ausencia de culpa. Esto resulta claramente para el arrendatario del art. 1733, y la jurisprudencia admite que hay que producir la prueba directa y positiva del caso de fuerza mayor. El art. 1733 no hace sino aplicar aquí el derecho común. (Al contrario, en Italia, el arrendatario se liberta probando la ausencia de culpa). Estas soluciones parece que hacen caso omiso de los textos que se contentan con la ausencia de culpa. Pero es que no hay que hacer exégesis de una manera exagerada. El conjunto de textos es tan impreciso, que es evidente que los redactores del código no tuvieron ninguna idea clara sobre la distinción entre ausencia de culpa y fuerza mayor. Estas nociones no vinieron a ser separadas sino a la larga. Corresponde, pues, al intérprete suplir el silencio del código con ideas racionales y lo que parece mejor adaptado a las necesidades prácticas es exigirle al deudor la prueba que sea más precisa para darle seguridad al acreedor"...

Como se ve, para los dos eminentes autores citados no hay diferencia alguna entre la prueba que debe ser suministrada en el caso del art. 1732 y la que debe producirse en el caso del art. 1733. Tanto en éste como en aquel exigen los dos prestigiosos profesores la prueba del caso fortuito o de la causa extraña. Las Cortes de apelación, en lo general, tampoco hacen diferencia entre uno y otro caso. Sólo que ellas —enfocando el problema en un sentido inverso— consideran que en una y otra hipótesis — tanto en la del art. 1732 como en la del art. 1733— basta la prueba de la ausencia de culpa, y

no se requiere la del caso fortuito, término éste, que en sentir de ellas, fue indebidamente empleado en el art. 1733.

De la simple confrontación de nuestra ley con la francesa, en esta materia, no es posible, pues —si se profundiza la cuestión—, sacar la conclusión que a primera vista parece imponerse con tánta evidencia para la solución del problema planteado en relación con nuestro art. 2005. Si éste (piensa úno a primera vista) consagra el mismo principio del art. 1732 del Código de Napoleón, y los autores de éste consideraron indispensable decir expresamente, y a renglón seguido, que en caso de incendio sí era necesaria la prueba del caso fortuito, es porque tanto ese art. 1732 como nuestro artículo 2005 sólo exigen la prueba, que es distinta, de la ausencia de culpa; pero, profundizada la cuestión, no resulta ésta tan clara. De otra parte, la doctrina y la jurisprudencia que hasta ahora se han expuesto para relievar la insuficiencia de la referida confrontación, dejan en el ánimo —por la oposición entre la una y la otra y por el desdén con que ambas miran la diferencia de terminología en los dos textos citados— una gran perplejidad sobre este problema de la responsabilidad contractual en que —debido a la vaguedad e imprecisión de los códigos francés y colombiano, al respecto— apenas ahora comienza a salir la doctrina del estado caótico que se produjo como resultado de la falta de técnica con que los legisladores emplearon las expresiones caso fortuito y fuerza mayor.

Inspirándose en la célebre distinción propuesta por Demogue entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado (tomo V, Nº 1234), la doctrina más reciente, en un grande esfuerzo para esclarecer todos estos puntos de la responsabilidad contractual, ha presentado una muy interesante teoría sobre la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito, y sobre el criterio que debe adoptarse para distinguir los casos en que basta la primera de las expresadas pruebas de aquellos en que es necesaria la segunda.

Esa teoría, que la Corte estima muy bien fundada y que aparece expuesta en el más moderno y prestigioso tratado sobre responsabilidad civil (H. y L. Mazeaud), parte de la base de que hay una diferencia sustancial entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor o de la causa extraña; explica que, "el dominio de la ausencia de culpa comprende todos los casos en que se ignora el origen del daño", y se funda en las siguientes distinciones:

1ª—En el campo contractual hay que evitar la confusión entre dos problemas que frecuentemente se involucran: el problema del contenido de la obligación y el problema de la responsabilidad contractual propiamente dicha. Esto no puede ser abordado sino cuando el contenido de la obligación contractual se conoce perfectamente. Antes de resolver la cuestión de si el deudor es o no responsable, hay que resolver otra cuestión: a qué estaba realmente obligado el deudor por el contrato? ¿Cuál es el contenido de la obligación contraída por ese deudor? (Mazeaud, Tomo I, Nº 105).

2ª—Para resolver el primero problema —el del contenido de la obligación contractual— es menester distinguir entre las obligaciones "determinadas, precisas o de resultado" y las obligaciones "generales de prudencia y diligencia". En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva, como cuando se trata, por ejemplo, de la obligación que tiene el que ha recibido a mutuo una suma de dinero de hacer el pago respectivo a su acreedor en un determinado día. En las segundas —en las obligaciones generales de prudencia y diligencia— el deudor se ha comprometido a poner solamente toda la diligencia necesaria y a tomar todas las precauciones razonables para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia, como en el caso de un cirujano que, al operar a su cliente, no tiene la obligación determinada y precisa de curarlo sino la obligación de tomar todos los cuidados y precauciones aconsejados por la ciencia para evitar un fracaso y para procurar en cambio conseguir la curación del paciente. (Mazeaud, Tomo I).

3ª—En las obligaciones determinadas o precisas, hay inejecución, y por consiguiente culpa, cuando no se llega al resultado prometido. En cambio, en las otras —en las de prudencia y diligencia— no hay inejecución por el solo hecho de no haber sido alcanzado el resultado propuesto: sólo hay inejecución, y por lo tanto, culpa, cuando el deudor ha faltado a su obligación de ser prudente y diligente. (Mazeaud, Tomo I).

4ª—Así —sin desconocer que en unas y otras la inejecución implica culpa—, media entre unas y otras, por lo que respecta a la culpa y a la prueba la ausencia de ésta, una diferencia fundamental: cuando no se trata de obligación precisa o determinada sino solamente de la obligación general de prudencia y diligencia, los jueces, para determinar la existencia de culpa, tienen que entre-

garse a un examen de la conducta del demandado, investigar cómo se ha manejado éste, descubrir si hubo de su parte imprudencias o negligencias, y en cambio, cuando la obligación del deudor es precisa o determinada, entonces, en caso de inejecución, la responsabilidad de éste se encuentra necesariamente comprometida por el solo hecho de no haberse alcanzado el resultado, a menos que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, sin que sea procedente ningún examen sobre la conducta misma del deudor. Con la ayuda de todas esas distinciones, esa doctrina reciente enfoca de esta suerte el problema de los arts. 1732 y 1733 del Código de Napoleón: "Se sabe que el primero de esos textos liberta al arrendatario de su obligación de restitución en cuanto prueba que no ha cometido culpa, a tiempo que el otro (el 1733), enfocando el caso particular en que la restitución se ha hecho imposible por incendio, no descarga al arrendatario sino en cuanto éste último pueda establecer el caso fortuito. Es que el arrendatario no tiene, en principio, en cuanto a la restitución, sino una obligación general de prudencia y diligencia, por lo cual es necesario apreciar su conducta para saber si hay inejecución". "Por el contrario, en caso de incendio, los redactores del código, para que el arrendatario fuera más atento, quisieron gravarlo con una obligación determinada: el arrendatario debe proteger la cosa arrendada contra los incendios; no le basta, en este caso, velar con diligencia; debe impedir la destrucción, el deterioro, por el fuego, de la cosa que le ha sido alquilada, y hay por lo tanto inejecución desde que la destrucción se produce, a menos que ella sea el resultado de una causa extraña, de un caso fortuito".

De conformidad con los principios generales sobre pruebas, tanto en el caso del art. 1732 del código francés como en el caso de nuestro art. 2005, se presume la inejecución de la obligación del arrendatario. El arrendador no está obligado a probar que el arrendatario ha sido negligente. Es a éste a quien le incumbe establecer que ha tenido toda la prudencia deseable. Los dos textos que enfocan la obligación del arrendatario de velar con prudencia y diligencia sobre la cosa arrendada, hacen pesar sobre dicho arrendatario la carga de la prueba de la ausencia de culpa.

"Pero hay que hacer notar —agrega Mazeaud— que en el segundo caso (el del art. 1732 del Código de Napoleón, igual al inciso final de nuestro art. 2005) el deudor suministra la prueba exigida contra él desde que establece haber obrado con prudencia y diligencia. La prueba de la ausencia de culpa es liberatoria. La ejecución queda en efecto con eso demostrada".

Concuerda esa doctrina expuesta hace muy poco por Mazeaud con la que muy sagazmente había presentado Bonnecase en el tomo III de su Suplemento:

"En ciertos casos el legislador le hace jugar a la ausencia de culpa el mismo papel que al caso fortuito y a la fuerza mayor; pero no sucede siempre lo mismo, y se encuentran textos que oponen formalmente la ausencia de culpa al caso fortuito y a la fuerza mayor. Tal es el caso de los arts. 1732 y 1733, relativos a la responsabilidad del arrendatario. Según el primero de esos textos, el arrendatario se exime de la responsabilidad por la sola prueba de la ausencia de culpa, y al contrario, el art. 1733 exige, para que se descarte la responsabilidad del hecho del incendio, que sean demostrados el caso fortuito o la fuerza mayor; el vicio de construcción o la comunicación del fuego por una casa vecina".

Refiriéndose al problema concreto de la diferencia entre la ausencia de culpa y el caso fortuito o la fuerza mayor, dice el mismo autor lo siguiente, que concuerda también con la conclusión de Mazeaud:

"Lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la técnica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador concede a la ausencia de culpa efecto liberatorio, se contenta con exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, exige el caso fortuito o la fuerza mayor, requiere la prueba de un suceso preciso y determinado independiente de toda culpa del deudor y que ha provocado la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación".

Radouant, en su clásica monografía sobre "el caso fortuito y la fuerza mayor", afirma y explica también la diferencia sustancial entre la ausencia de culpa, de una parte, y la fuerza mayor o caso fortuito de la otra, y en cuanto a los artículos 1732 y 1733, expone la misma doctrina que expusieron después Bonnecase y Mazeaud:

"En lo concerniente a los deterioros y pérdidas sobrevenidos a la cosa durante el goce del arrendatario, éste se libera por la prueba de la ausencia de culpa; pero cuando se trata de incendio, un régimen especial interviene; el locatario no se libera sino por la prueba de que el incendio ha sobrevenido por caso fortuito o fuerza mayor, o vicio de construcción, o comunicación del fuego por una casa vecina".

Paul Esmein —autor del tomo VI de Planiol et Ripert, citado con tan justos elogios por el recurrente—, en un estudio muy reciente publicado en la "Revue Trimestrielle" varios años después de la aparición de dicho tomo, enfocando el problema en una forma muy distinta a la que hasta ahora se ha visto, y prescindiendo, para el caso, de la referida distinción de Demogue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, llega sin embargo —así en lo que respecta a la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba de la causa extraña, como en lo atinente a la procedencia de la primera en el caso del art. 1732 y en lo concerniente a la posibilidad de exonerarse el arrendatario de responsabilidad en los casos en que la causa del daño permanezca desconocida— a conclusiones que coinciden con las antes expuestas de Mazeaud, Bonnecase y Radouant.

En ese estudio, después de establecer la distinción entre la responsabilidad por culpa (que "consiste en no prestar en la ejecución de la obligación los cuidados de un buen padre de familia") y la obligación de garantir un riesgo, asienta que "la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual", y en seguida, refiriéndose a la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad contractual, dice lo siguiente:

"Pero cómo debe probar el deudor la falta de culpa? Basta que pruebe el carácter diligente de su conducta, es decir, establezca que tomó en tiempo oportuno las medidas necesarias para procurar la ejecución adecuada, o es necesario que haga conocer la causa extraña que, aportando un obstáculo a su actividad, ha impedido la ejecución?

Todas las veces en que ha prometido hacer personalmente algo y no ha hecho nada, o ha prometido no hacer alguna cosa y ha violado su promesa, es normalmente imposible que ignore la causa extraña, si existe una, a menos que no sea demente, lo que no se presume. A falta de denunciar por su parte una causa extraña, se deberá presumir que la inejecución es voluntaria. Le incumbe probar la existencia de la causa extraña porque es el elemento capital de la prueba de la falta de culpa, que está a su cargo.

Pero la situación no es idéntica cuando la obligación tiene por objeto la guarda y restitución de una cosa (cuerpo cierto) o de una persona, que se pierde o deteriora sin que se establezca que el hecho es debido al hecho personal del deudor. Habiendo probado el deudor su diligencia y quedando desconocida la causa del daño, no puede decirse, como en el caso precedente, que la única hipótesis plausible es la de una inejecución voluntaria. Ocurre que en casa de un hombre diligentes se produce un incendio, cuyo origen es imposible determinar. El principio de probabilidad suficiente justifica que sea bastante la prueba de una conducta diligente.

Además, esta prueba deberá comportar la prueba de todas las precauciones ordenadas por los usos y los reglamentos, de acuerdo a las circunstancias. Corresponde al juez resolver si se imponía una determinada precaución. Pero respecto de toda precaución que tenga ese carácter, el acreedor puede exigir del deudor la prueba que ha sido tomada, a falta de lo cual sobrevive la presunción de culpa, que produce la responsabilidad. Entonces, la simple presunción de culpa tiene un valor considerable.

El punto esencial consiste en resolver sobre los casos en que, habiendo probado el deudor su diligencia perfecta, la causa del daño permanece desconocida, caso que no es muy frecuente en la práctica, pero que es muy importante del punto de vista teórico. Digo que las reglas sobre la carga de la prueba, aplicadas a los principios de la responsabilidad, no permiten declarar al deudor responsable, por el solo hecho que la causa quede desconocida.

No admite todo el mundo que si el deudor demuestra la causa del daño y si establece (prueba que le corresponde por las razones enunciadas) el carácter diligente de su conducta en relación a este hecho, si prueba que para prevenirlo y desviar el efecto ha hecho lo que tenía la obligación de hacer, está liberado? Entre esta hipótesis y la de la causa desconocida no existe otra diferencia que la existencia misma de esta causa desconocida. El hecho de la existencia de una causa desconocida no puede ser en sí un fundamento de responsabilidad ni de una regla de prueba. El fundamento de responsabilidad no puede encontrarse sino en la relación del deudor con esta causa desconocida. Como toda responsabilidad supone la violación de una obligación, se trata de saber si el deudor tenía una obligación de conocer el hecho ignorado. Es ésta una cuestión de derecho, porque se trata de una regla de conducta, de una obligación legal. En lo que le respecta, no es cuestión de carga de prueba.

En consecuencia, puedo concluír que una responsabilidad de pleno derecho del deudor guardador de una cosa o de una persona, que ha probado la diligencia de su conducta, pero que no ha podido determinar la causa del daño, que permanece desconocida, no está justificada por los principios de la responsabilidad. No podría estar obligado de pleno

derecho sino en virtud de una obligación de garantía, lo que se examinará en el capítulo siguiente. Pero entonces, lo demostraré, se sale del dominio de la responsabilidad y entran en juego principios completamente distintos".

Después de estudiar las disposiciones del código civil a la luz de ésas que él llama reglas racionales sobre la carga de la prueba, dice el mismo autor lo siguiente:

"Creo poder concluír que nada impide en derecho positivo la aplicación de la regla racional sobre la carga de la prueba y que el deudor guardián contractual de una cosa o de una persona no está obligado, cuando ha sido dañada o perdida, a probar la causa extraña, si le es posible probar por otros medios la falta de culpa".

De conformidad con esas ideas, al analizar Esmein el problema de los arts. 1732 y 1733, hace radicar la diferencia entre aquél y éste, en que el legislador quiso consagrar, en caso de incendio, la responsabilidad del arrendatario cuando la causa permaneciera desconocida, a tiempo que, conforme a la regla general de que no es necesaria la prueba de la causa extraña cuando la obligación consiste en la guarda de un cuerpo cierto, cuando se trata de pérdidas y daños no provenientes de incendio, es posible la prueba de la ausencia de culpa en esa hipótesis de causa desconocida del daño.

En el tomo X del mismo tratado de Planiol et Ripert, citado por el recurrente (tomo éste que se refiere en especial a los contratos de venta y arrendamiento) se lee lo siguiente:

"La interpretación de esta disposición (el art. 1733 del código civil francés) despierta una seria dificultad. Qué debe probar el locatario para escapar a la presunción de culpa que lo grava? Es uno de los hechos precisos enumerados por el art. 1733, y esta enumeración es limitativa, o basta que el locatario pruebe que él no incurrió en culpa, estableciendo por ejemplo, que el incendio se ha producido en circunstancias que no permiten imputárselo, o aún simplemente que él siempre aportó a la conservación de la cosa arrendada los cuidados de un buen padre de familia?

Esta última solución se impondría, sin duda, si fuera necesario ver en el art. 1733 una simple aplicación del principio consignado en los arts. 1302 y 1732. La enumeración de las causas de exoneración contenida en el art. 1733 no podría, por otra parte, ser considerada como limitativa. Todas esas causas, en efecto, se reducen a una sola, la indicada primeramente: el caso fortuito. El vicio de construcción y la comunicación del fuego por una casa vecina no son, para el arrendatario, sino casos fortuitos. Bastaría al arrendatario para exonerarse, probar el caso fortuito. Pero hay caso fortuito porque no hay culpa del locatario. Bastará, pues, a éste probar que el incendio no provino por su culpa, que el fuego ha tenido nacimiento en circunstancias que por su naturaleza excluyen la imputabilidad del arrendatario, o bien, —si la causa permanece desconocida—, establecer que él no ha cesado jamás de aportar a la conservación de la cosa arrendada todos los cuidados de un detentador cuidadoso y diligente.

Esta es precisamente la solución que consagra, para la aparcería, la ley de 10 de julio de 1899, art. 4º En virtud de ese texto, el colono aparcero responde del incendio,.... a menos que pruebe que él ha cuidado la cosa como un buen padre de familia".

No parece por lo demás dudoso que esta interpretación favorable al arrendatario pueda prevalerse de los antecedentes históricos, y sea la más conforme a las intenciones del legislador moderno. Los términos del art. 1733 reproducen poco más o menos textualmente un pasaje de Pothier. Ahora bien, se había acordado en nuestro antiguo derecho admitir que el arrendatario debe presumirse responsable del incendio, cuando la causa es desconocida, esto es, "a falta de justificar que el siniestro no ha sucedido por su culpa ni por la de sus domésticos", y los trabajos del código civil demuestran que esta solución fue la adoptada. Por otra parte, cuando en 1879 fue discutida una proposición de ley por la cámara de diputados, que tendía a la abrogación del art. 1733, la intención del parlamento fue la de permitir la prueba de la ausencia de culpa.

Es explicable, pues, que una gran parte de la doctrina se haya afiliado a esta opinión, y que ella haya sido de una manera general consagrada en las sentencias.

Otros autores la han abandonado, y ha acabado por producirse un movimiento contrario en la jurisprudencia. Para sostener que el art. 1733 degora el art. 1732 en cuanto a la prueba que debe formularse por el arrendatario que quiere exonerarse de responsabilidad, se ha invocado la diferencia de redacción de los dos textos. Si el primero enumera las diversas categorías de hechos que el locatario podrá alegar en su descargo, es, se dice, porque el legislador no ha querido contentarse, en el caso de incendio, con la prueba negativa de la ausencia de culpa, que admite el art. 1732 para el caso de pérdidas o degradaciones provenientes de otras causas. Si tal no fuera la interpretación ad-

misible, el art. 1733 reproduciendo, simplemente, para el caso particular de incendio, las reglas más generales contenidas en el art. 1732, no sería inútil.

Los precedentes históricos, y los debates legislativos relativos al art. 1733, son abandonados como insuficientemente precisos, como la expresión de opiniones individuales. Se hace observar, en fin, que el art. 1733, por el solo hecho de que consagra una presunción legal de culpa en contra del locatario, es un texto excepcional que debe ser interpretado extrictamente.

Es, sin duda, por la influencia de esta última consideración, la sola que tenga realmente un valor jurídico, por lo que la jurisprudencia ha sido llevada a modificar su orientación primera. Cuando la mayor parte de las Cortes de apelación se reducían aún, para admitir la exoneración del arrendatario, a la prueba hecha por él de que no había incurrido en culpa, la Corte de Casación, desde 1882, decidió que la enumeración del artículo 1733 es limitativa, e impone al locatario la prueba directa y positiva de un hecho preciso que constituya una de las causas de exoneración indicadas por el juez. La Corte de Casación ha juzgado especialmente que el locatario no podría ser admitido a probar un pretendido vicio de construcción, de donde podría resultar el incendio, si el estado de los lugares no permite establecer con certidumbre una relación de causa a efecto entre ese pretendido vicio de construcción y el siniestro. De la misma manera, el locatario no podría exonerarse de responsabilidad estableciendo que estaba ausente en el momento del incendio. Esta última solución puede justificarse, por otra parte, aun en la opinión que permite al arrendatario probar que no ha cometido culpa. Estando obligado el arrendatario a cuidar de la conservación de la cosa arrendada, no podría, en efecto, prevalerse, como medio de justificación, del abandono de esta cosa. Sería de otra manera si, por su destinación en virtud del contrato, la casa arrendada debía normalmente cesar de estar habitada en la época del incendio, si se tratara, por ejemplo, de una casa campestre".

Falta por ver en qué consiste o cómo se suministra o produce la prueba de la ausencia de culpa. Será necesario probar que ninguna de las culpas concebibles o humanamente posible fue cometida en ningún tiempo por el deudor? O, por el contrario, "dejándole a la duda un cierto lugar", bastará, para no incurrir en el absurdo de exigir la prueba de una negativa indefinida, una prueba indirecta que le devuelva a la demostración su aspecto positivo, concerniente a las precauciones que ha tomado el deudor?

Esta cuestión fue insuperablemente tratada por Radouant, en su monografía ya citada:

"Un rigor más o menos grande he ahí, en efecto, frente a aquel a quien incumbe la carga de destruír la presunción, lo que distingue la prueba de la ausencia de culpa y la del caso fortuito o fuerza mayor; tál es el aspecto práctico de la cuestión. Si se investiga la diferencia de naturaleza que a él corresponde, aparecerá que bajo cierto punto de vista el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser algo más que la ausencia de culpa y que tal punto de vista es el del distinto valor de la prueba. La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado.

Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo: demostrar que tales o cuáles culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de la ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta: imperfecta, porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa del daño, tiende a certificar por eliminación que no es una culpa.

Al contrario, cuando el demandado puede precisar el hecho generador, la prueba es perfecta. Nada más fácil que constatar su

existencia y asegurarse que él estaba exento de culpa; pues entonces la ausencia de culpa de que se trata está concentrada en un radio estrecho, fácil de explorar, y no tiene que ser analizada bajo fórmas infinitas e inasibles, a través de toda la conducta del individuo; por otra parte, existen multitud de acontecimientos cuya sola existencia parece por sí misma excluir la culpa. En este caso, no da ya lugar para la duda; cuando se conoce la causa precisa de un daño y se la sabe exenta de culpa, es incontestable que el hecho cuya consecuencia es, no deriba de una culpa. Lo que está demostrado es aún la ausencia de culpa, pero con esta particularidad, que ella lo está con certeza, porque constituye la cualidad, fácil de constatar, de un hecho positivo directamente probado. Ahora bien, sabemos cómo se llaman los acontecimientos así calificados por la ausencia de culpa: casos fortuitos o fuerza mayor. Llegamos, en suma, a esta conclusión: que, en todos los casos, es únicamente la ausencia de culpa lo que se trata de probar, para aportar la responsabilidad, y no podría ser de otra manera en una legislación que funda la responsabilidad, contractual o delictual, en la culpa. No hay dos pruebas para llegar a ella; pero el objeto único a demostrar es susceptible de dos modos de prueba desiguales en valor como en dificultad; el uno negativo, indirecto, que sólo proporciona una probabilidad, por poderosa que ella sea; el otro positivo, el cual facilita una certidumbre".

En el mismo sentido dice Bonnecase:

"Para los autores más recientes que han examinado de cerca el problema, la diferencia entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa, no conduce a la distinción de dos nociones que se opongan en su esencia, sino simplemente a una situación más favorable para el deudor cuando le basta, para liberarse, demostrar la ausencia de culpa, que, cuando se trata de probar el caso fortuito o la fuerza mayor. Es ello, dicen esos autores, una especie de resultado de la convención, porque considerando y analizando las cosas más de cerca, la prueba de la ausencia de culpa en su forma absoluta es, si no imposible, por lo menos mucho más difícil que la de la fuerza mayor. En esta última hipótesis, es verdad, el deudor está obligado a probar la existencia de un acontecimiento preciso que haya acarreado, abstracción hecha de toda culpa por su parte, la imposibilidad absoluta de ejecución de su obligación. Por lo menos cuando semejante prueba haya sido suministrada, no habrá ninguna duda sobre la irresponsabilidad del deudor. Al contrario, constituyendo la ausencia de culpa una situación de carácter negativo, se necesitaría irremediablemente probar, para establecerla, que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida por el deudor. Ello no se exige en realidad, y únicamente se pide la prueba de ausencia de las culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia"...

"Es así como la ausencia de culpa —dice en otro lugar el mismo autor citado— ha llegado a representar para el deudor un medio liberatorio de acceso mucho más fácil que el caso fortuito o la fuerza mayor. Importa poco, desde luego, que ciertos autores aleguen que el caso fortuito o la fuerza mayor se relaciona con la ausencia de culpa, so pretexto de que la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor no es otra cosa que la prueba positiva de la ausencia de culpa; lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la táctica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador acuerda efecto liberatorio a la ausencia de culpa, se reduce a exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, estipula el caso fortuito o la fuerza mayor, exige la prueba precisa de un acontecimiento preciso y determinado, independiente de toda culpa del deudor y acarreando consigo la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación".

Esmein parece más exigente en cuanto al modo de producir la prueba de la ausencia de culpa, o sea la prueba de una conducta diligente, pero, como ya se vio, proclama sin vacilación, lo mismo que Mazeaud, Bonnecase, Radouant y Perréau (en Planiol et Riper), las siguientes conclusiones, que son las fundamentales para el caso:

Primera.—Hay diferencia entre la prueba del caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, y la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente.

Segunda.—En los casos en que, como en el presente, permanece desconocida la causa del daño, no es necesaria la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la causa extraña, sino que puede ser suficiente la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente. (Será bastante esta prueba, según Mazeaud, si se trata de simples obligaciones de prudencia y diligencia, y, según Esmein, si la obligación tiene por objeto la guarda y restitución de una cosa).

Tercera.—En el caso del artículo 1732 del Código de Napoleón (que es tanto como decir en la hipótesis de nuestro artículo 2005), lo que se exige no es la prueba del caso for-

tuito o la fuerza mayor o de la causa extraña, sino la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente, y por ende, aun cuando la causa del daño permanezca ignorada, siempre le será posible al arrendatario eximirse de responsabilidad si en debida forma comprueba su conducta diligente, o, mejor dicho, si se establece su ausencia de culpa en esa forma negativa, indirecta, de que habla Radouant, que en verdad sólo proporciona una probabilidad, y que no consiste en la prueba del hecho preciso generador del daño, ni tampoco en la demostración de una negativa indefinida (sobre que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida), sino, como lo dice Bonnecase, en la prueba de la ausencia de aquellas culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia.

Estas tres conclusiones constituyen, como se desprende de lo expuesto y transcrito, la síntesis de la doctrina predominante y más reciente sobre la prueba que debe producir el arrendatario para eximirse de responsabilidad en el caso del art. 1732 del Código Francés, o sea en el caso de nuestro art. 2005. Y es obvio que a la luz de esa doctrina no puede prosperar el cargo formulado por el recurrente, de mala interpretación, por parte del Tribunal, del expresado texto del código colombiano.

Artículo 1730

Los mismos razonamientos expuestos para desechar el cargo de violación del art. 2005 sirven para desechar el cargo de violación del art. 1730. Este contiene, para el caso en él contemplado, la misma presunción de culpa que el art. 2005 establece contra el arrendatario en la hipótesis de pérdidas y daños de la cosa arrendada.

De tal manera que, aun aceptando la tesis del recurrente sobre la aplicabilidad a este caso del referido art. 1730, no puede prosperar el cargo por la sencilla razón de que, según todo lo antes expuesto, esa presunción de culpa se destruye por la prueba de la ausencia de culpa en la forma antes indicada.

Si, conforme al art. 2005, el arrendatario, para eximirse de responsabilidad, tiene que probar que los daños y pérdidas no sobrevinieron por su culpa, es porque se presume que sí fueron debidos a culpa de él. Por lo tanto, el art. 1730 nada le agrega ni nada le quita al problema. Y si, como se deja dicho, la presunción del art. 2005 puede ser destruída sin la prueba del caso fortuito o de la causa extraña, es obvio que la presunción, no diferente, del art. 1730, también puede ser destruída sin esa prueba.

Tercer cargo

En cuanto a la tercera de las causales aducidas (violación directa de los arts. 593 y 697 del C. J., por el error evidente de hecho de no haber tenido en cuenta una prueba testimonial completa), fundamento que el recurrente desarrolla atribuyéndole al Tribunal apreciación errónea de las declaraciones de Eulogio Herrera, Guillermo Duncan, Rafael Altamar, Osvaldo Gallardo, Teófilo Palacio, Pablo Pacheco, Miguel Rebolledo y Cupertino Dávila, y falta absoluta de apreciación de las declaraciones de Luis Jiménez, Manuel Zapata, Moisés Chaparro, Octavio Briceño y Manuel Dederlé, la Corte considera:

El señor juez de primera instancia se refirió prolijamente en su fallo a las declaraciones de estos últimos, y fundándose especialmente en ellas, condenó al demandado al pago de los perjuicios, en virtud del siguiente razonamiento: "Si los testigos de la demanda, en número mayor que los del contrario, señalen los hechos de que allí donde había materias inflamables se prendían anafes y estufas para ejecutar trabajos de hojalatería, hay que concluír, por otra, que el arrendatario, obligado a responder por sus actos y por los de sus dependientes, no empleó el cuidado y la diligencia que acarrea la culpa leve, obligado a prestar en el contrato de arrendamiento".

El Tribunal, en su fallo, comienza por reproducir íntegramente la sentencia del Juzgado, en la cual, se repite, está hecho el análisis de las declaraciones de los testigos últimamente citados, y contenido el razonamiento que acaba de transcribirse fundado en tales declaraciones.

Comentando la sentencia del Juez, y especialmente el razonamiento que se ha reproducido antes, dice el Tribunal: "Consecuente con esos dos extremos es la sentencia del inferior, habiéndose ceñido ella al derecho y a la fuerza probatoria de los elementos que, aportados en el juicio, tuvo a su disposición entonces", y más adelante agrega el Tribunal, insistiendo en comentar de modo especialísimo el párrafo de la sentencia del Juzgado que se deja transcrito, que él "pone de manifiesto el estado del expediente a la sazón; pinta el grado de su convicción; y señala algunas deficiencias de las pruebas aportadas, como causa determinante de aquel fallo".

No obstante la circunstancia ya apuntada de que el Tribunal comenzó por reproducir

la sentencia del Juez, vuelve a hacer después una reproducción especial del párrafo que en el presente fallo se ha copiado, y después de esta segunda especialísima reproducción, dice el Tribunal:

"A través de las anteriores palabras del señor Juez, que son de cristalina transparencia para el fin con que se reproducen, se ve que aplicó al caso el art. 2005 del C. C., interpretando recta y juiciosamente la precisión de sus términos y de su espíritu. Sólo por la circunstancia de haber estimado que a la época del fallo la entidad arrendataria no había comprobado suficientemente que los daños del incendio del edificio sobrevenidos durante su goce no sobrevinieron por su culpa ni por culpa de sus dependientes, lo alcanzaba la culpa leve instituída por nuestras leyes. Y más aún: las pruebas producidas hasta entonces por las partes en el juicio tuvo que hacerlas pasar por el fino tamiz que aconseja el art. 703 de la ley 105 de 1931 para apreciar la virtualidad de cada grupo. Encontró el Juez deficiencias en las pruebas encaminadas a acreditar que la entidad arrendataria empleó en el goce de sus derechos, y en lo tocante a la conservación del edificio arrendado el cuidado de un buen padre de familia que era, en verdad, su obligación, y parece que atribuye ese descuido a una razón muy obvia. Bien aplicado se encuentra el art. 2005 al caso particular de autos..."

En seguida el Tribunal, después de sentar la tesis de que al demandado "le bastaba probar que la pérdida no sobrevino por una culpa suya ni por la de sus dependientes", y que no tenía la obligación de probar cuál causa cierta determinó el incendio ni señalar el caso fortuito que precisamente le dio origen, entró a examinar y a apreciar minuciosamente las pruebas de la segunda instancia, advirtiendo previamente "que tales pruebas le han dado a esta cuestión una fisonomía jurídica que no tenía a la época del fallo de la primera instancia".

Al analizar el Tribunal las pruebas contenidas en el cuaderno once, dice lo siguiente:

"Basta una simple ojeada a las declaraciones de los señores Luis del Valle, Guillermo Renowitzki, Roberto A. Visbal, Elberto González Rubio, Antonio Luis Montes, Federico Schemel, José A. Osio, Mortimer de Lima, Germán Ribón C., Víctor Montalvo, Manuel N. Borrás, Ricardo de Castro, Carlos Schemel y Miguel Vergara Palacio, ciudadanos de elevado relieve en esta sociedad por su cultura, independencia y hombría de bien: basta una ojeada, se repite, a sus declaraciones, para dejar asentadas estas verdades que la parte demandada se propuso y logró comprobar: 1)—Que todos ellos conocieron perfectamente en su interior el edificio de que los autos tratan, el cual visitaron con mucha frecuencia hasta los días próximos a su incendio; 2)—Que en ninguna de las dependencias de ese edificio existían anafes prendidos ni fuego de ninguna clase, ni lámparas de petróleo o gasolina encendidas ni se hacían allí en aquel local trabajos de hojalatería o estañadura; 3)—Que en distintas partes de dicho local estaban colgados extinguidores químicos de incendio y había grandes carteles en partes muy visibles, que decían: 'Se prohibe fumar'... y 4)—Que conocieron al ciudadano alemán que como celador o depositario tenían allí los señores 'A Held' y era una persona seria y de buena conducta.

"Muchos de esos declarantes refieren que no sólo vieron aquellos grandes carteles de la prohibición, sino que alguna vez ellos, inadvertidamente, fueron a penetrar fumando al interior del establecimiento, y el celador con fineza le hizo botar el cigarrillo o cigarro.

"Esas declaraciones que, por su número y por la calidad de quienes las rindieron, autorizan para hacer la afirmación que arriba se hizo, están corroboradas de modo uniforme en el mismo cuaderno por las que rindieron los honrados, humildes ciudadanos Santiago Domínguez, Alejandro Galvis, Heliodoro Frías, Víctor Escalante, Heliodoro Frutos y Juan B. Ospino. Estos últimos, ingenuos declarantes, establecen también allí algunos hechos que, aunque de escasa importancia, pudieran haber puesto sombras de duda en determinados puntos de esta controversia judicial.

"Como se verá al leerse el cuaderno Nº 11 de esta prueba, el doctor Tafur Guerrero ejercitó el derecho de repreguntar a los testigos; pero cada uno, poseído de la verdad encarnada en cuanto estaba diciendo, satisfizo las repreguntas, con respuestas que dan fuerza y robustez a sus afirmaciones declaradas".

Después de analizar muy minuciosamente el Tribunal, en más de catorce fojas útiles, todas las pruebas "que hacen relación al cuidado de un buen padre de familia que el arrendatario debe emplear en la conservación de la cosa arrendada, pruebas entre las cuales se cuenta la testimonial a que se refieren los párrafos transcritos", saca la siguiente conclusión: "Con el estudio que de las pruebas se tiene hecho, se ha llegado a la conclusión de que A. Held, en este caso concreto, como arrendatario del edificio de los señores Faillace que un incendio devoró la noche del 28 al 29 de octubre de 1926,

desplegaron (sic) en la conservación de la cosa arrendada todo el cuidado y todo el celo que pudiera haber desplegado un buen padre de familia".

Sigue el Tribunal examinando y apreciando las pruebas aportadas por el demandante tendientes a probar la culpa del demandado, y saca de ese examen las siguientes conclusiones: a) Que ni los aceites lubricantes, ni los aceites para pintura, ni el aguarrás, ni la estopa, ni el carbón mineral, ni el carburo de calcio, según el dictamen pericial son explosivos e inflamables en el sentido que pretende el demandante; b) Que en el caso de que A. Held hubieran introducido materias que la ciencia reputa efectivamente inflamables, combustibles o explosivos, lo que no está comprobado sino en cuanto a la pólvora para cacería, tales artículos no se habrían depositado en el edificio que se incendió.

Después de ese examen de las pruebas aportadas por el demandante, entre las cuales figura la testimonial que el recurrente estima mal apreciada (declaraciones de Herrera, Gutiérrez, Duncan, Rafael Altamar, etc.), insiste el Tribunal en afirmar que, no obstante tales pruebas, aparece probada la obligación del demandado de conservar la cosa como un buen padre de familia.

En síntesis: el Tribunal, después de reconocer que, dadas las declaraciones de Luis Jiménez, Manuel Zapata, Moisés Chaparro, Octavio Briceño y Manuel Dederlé, y la insuficiencia de las pruebas presentadas en primera instancia por el demandado, se había condenado con razón a éste, examina las pruebas presentadas en la segunda instancia por una y otra parte, para llegar a la conclusión de que éstas le han dado al pleito "una fisonomía jurídica que no tenía a la época del fallo de primera instancia, porque el demandado logró probar en la segunda que sí había tenido, como arrendatario, el cuidado, la prudencia, la diligencia, propios de un buen padre de familia". Las declaraciones de los testigos citados: Jiménez, Zapata, Chaparro, Briceño y Dederlé, quedaron, pues, en sentir del Tribunal, completamente desvirtuadas (y esto aparece claramente en la sentencia, aunque de modo explícito no se diga) con todas las pruebas de la segunda instancia y especialmente con las declaraciones, a las cuales les atribuye grande importancia el Tribunal, de Luis del Valle, Roberto Visbal, González Rubio, Antonio Luis Montes, Schmel y muchos otros distinguidos caballeros, quienes aseguran lo contrario de lo aseverado por los testigos presentados por el demandante en primera instancia.

No hubo, en consecuencia, falta de apreciación, por parte del Tribunal, de las declaraciones de los testigos Jiménez, Zapata, Chaparro, Briceño y Dederlé. Tanto las apreció, que consideró que el Juez había encontrado en ellas suficiente fundamento para fallar contra el demandado, pero consideró el Tribunal que las pruebas de segunda instancia, al cambiar completamente la fisonomía del pleito, habían venido a desvirtuar esas declaraciones, conclusión a que el Tribunal podía llegar, conforme al art. 702 y conforme a los principios generales sobre pruebas en materia de responsabilidad contractual, atrás explicados.

En cuanto a la errónea apreciación de las declaraciones de Eulogio Herrera, Guillermo Duncan, Rafael Altamar, Osvaldo Gallardo, Teófilo Palacio, Pablo Pacheco, Miguel Rebolledo y Cupertino Dávila, la Corte tiene que limitarse a manifestar que no está dentro de sus atribuciones el corregir o rectificar esa apreciación, ya que en casación no es procedente el examen, análisis y apreciación de pruebas sino cuando se alega que se ha incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en autos, y que como consecuencia de ello se ha violado la ley sustantiva. El recurrente no ha afirmado que la apreciación que él califica de errónea, de esas declaraciones, haya hecho incurrir al Tribunal en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en autos, o en error de derecho, ni ha explicado en qué consiste el error en la apreciación. Se limita a calificar de estrecho el criterio con que fueron analizadas esas declaraciones.

Con respecto a las costas, se considera:

La Corte ha estimado que no es del caso infirmar la sentencia del Tribunal de Barranquilla, porque no puede considerarse como errónea una interpretación del art. 2005 del C. C. que coincide con la dada al correspondiente y equivalente texto del código francés por lo que la Corte considera como doctrina predominante, más reciente y mejor fundada, pero ello no significa que la tesis brillantemente defendida por el recurrente sea temeraria o anticientífica o carezca por completo de fundamento. Como ya se dijo, se trata de una cuestión muy controvertida en que, debido a la vaguedad e imprecisión de la ley al respecto, apenas ahora comienza a salir la doctrina del estado caótico que presentó durante más de un siglo. Según se advirtió en su lugar, en favor de la tesis del recurrente podrían in-

vocarse nada menos que el Curso de Derecho Civil de Josserand y el Tratado de las Obligaciones de Demogue. Sólo que la Corte, fundándose en otras obras, entre las cuales hay algunas más recientes que ésas y que son, en su mayor parte, no tratados generales, sino estudios especiales sobre la materia controvertida, y considerando que las razones allí aducidas en pro de la tesis expuesta en la sentencia son más convincentes que las razones en contrario— ha estimado que no se puede infirmar el fallo recurrido.

Por lo que acaba de decirse, no sería el caso de condenar en costas al recurrente, si se tratara de una sentencia de primera o de segunda instancia, pero ante el mandato terminante del art. del C. J. sobre costas en casación, la Corte no puede menos que hacer esa condenación contra el recurrente.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia acusada proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha siete de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.



REIVINDICACION

La sentencia de adjudicación en un juicio de sucesión constituye justo título traslaticio de dominio para reivindicar, al tenor del artículo 765 del Código Civil. La compra de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir que se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden dar, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobración y registro de la partición.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre doce de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

El doctor Eduardo Sarmiento Barreto, en nombre propio y también como apoderado de Marcelina Cuervo de Gualteros, de su esposo Anatolio Gualteros y de Carlos J. Gualteros, en ejercicio de la acción de dominio, demandó a Salomón Toquica y Epifanio Lovera, para que fueran condenados a restituirles los lotes de terreno alinderados y determinados en la demanda.

Epifanio Lovera propuso una excepción dilatoria, por cuanto dijo no ser poseedor de esos inmuebles, excepción que prosperó y por lo tanto continuó el juicio sólo con el demandado Toquica, el cual se opuso a las pretensiones de la parte actora.

En sentencia de veintinueve de julio de mil novecientos treinta y dos, el juez del conocimiento, primero del circuito de Zipaquirá, desató la litis con la negativa de las declaratorias pedidas por la parte actora.

Esta sentencia subió en apelación al Tribunal Superior de Bogotá, el cual confirmó el fallo del inferior, en sentencia de veintitrés de marzo del año próximo pasado.

El doctor Sarmiento Barreto interpuso recurso de casación, el cual pasa a decidirse.

Para demostrar los hechos y fundamentar su intención, la parte actora adujo los títulos, con los cuales, en concepto de ésta, se acredita el derecho de dominio sobre los lotes a que se refiere la reivindicación. A su vez, el demandado presentó otros títulos para desvirtuar los aducidos por el demandante.

La primera faz, por lo tanto, del presente litigio, es la de la comparación y examen de

los títulos presentados por ambas partes, y el problema puede sintetizarse así: en la sucesión de Pedro Cuervo se le adjudicaron bienes a Justiniano Cuervo; en la sucesión de éste se le adjudicaron bienes a su esposa, Rosa Valentín de Cuervo, y a Marcelina Cuervo de Gualteros, hija de Justiniano. En la sucesión de Rosa Valentín de Cuervo se le adjudicaron bienes a Marcelina Cuervo de Gualteros y a Carlos José Gualteros, como cesionario de la mitad de los derechos de Marcelina Cuervo de Gualteros, y el expresado Carlos José Gualteros le trasfirió al doctor Sarmiento Barreto la mitad de esos bienes.

Pero Rosalía Valentín de Cuervo, primero, y de Toquica después, vendió a Pablo Joaquín Barreto los derechos y acciones en la sucesión de Justiniano Cuervo, como cónyuge sobreviviente, y también los derechos de esa sucesión como heredera de su hijo Pedro. Pablo Joaquín Barreto trasfirió esos derechos, de los cuales vino a ser dueño Clímaco Toquica.

El recurrente sostiene que deben prevalecer sus títulos sobre los de la parte demandada, y ésta sostiene el extremo contrario.

Lógico con esta tesis, el recurrente encamina su demanda a sostener que son los títulos de la parte actora los que deben ser tenidos en cuenta, y no los de la parte demandada, como lo han sostenido el Juzgado y el Tribunal en la sentencia que hoy se revisa.

En el tercer capítulo de su demanda acusa el recurrente la sentencia del Tribunal, por error de hecho, que lo llevó a la violación de la ley substantiva, por cuanto no le dio valor a la hijuela de adjudicación que en el juicio de sucesión de Justiniano Cuervo se le hizo a su hija Marcelina Cuervo de Gualteros, según la hijuela contenida en la escritura de protocolización de dicho juicio, escritura número 110, de 16 de febrero de 1923, que se presentó con la demanda. El recurrente se expresa así, sobre el particular: "Porque los títulos presentados a los autos por la parte demandada, aunque tuvieron valor legal, sólo se refieren a derechos y acciones en las sucesiones de Justiniano Cuervo y de Pedro Cuervo (hijo), que fueron los que Rosalía Valentín de Toquica (viuda de Justiniano, su primer esposo) dijo venderle a Pablo Joaquín Barreto, pero en ningún caso a los bienes que a Marcelina Cuervo de Gualteros, una de las demandantes, le fueron adjudicados en el juicio de sucesión de su padre Justiniano Cuervo, que son la mitad de los bienes materia de la reivindicación a que se refiere este juicio."

Observa la Corte:

De las pruebas aducidas al proceso, aparece sin lugar a duda que Marcelina Cuervo de Gualteros tiene dos títulos, respecto de los bienes sobre que versa la reivindicación; es el primero la adjudicación que de la mitad de dichos bienes se le hizo en la sucesión de su padre Justiniano Cuervo; es el segundo la adjudicación que en la otra mitad de tales bienes, le fue hecha en la sucesión de su madre Rosalía Valentín, primero de Cuervo y después de Toquica. También observa la Corte que ni en la sentencia de primer grado, ni en la de segundo, que son por extremo deficientes, se estudió este punto, del cual el Juzgado y el Tribunal hicieron caso omiso. Esto llevó al Tribunal en su sentencia, que no es sino trascripción innecesaria de varias piezas del expediente, a un error de hecho, falta de apreciación de una prueba, la adjudicación a Marcelina Cuervo de la mitad de los bienes que se reivindican, hecha en la sucesión de su padre Justiniano Cuervo. Y esa adjudicación que, como lo observa el recurrente, constituye justo título, al tenor del artículo 765 del C. C., citado en la demanda de casación, en la causal que se estudia, coloca a Marcelina Cuervo de Gualteros en capacidad de ejercer la acción reivindicatoria que consagra el artículo 946 del dicho código, y le da la acción para entablarla, acción de que, en concepto del Tribunal, carece el demandante.

Por eso el recurrente se expresa así: "b). Porque los títulos presentados a los autos por la parte demandada, aunque tuvieron valor legal, sólo se refieren a derechos y acciones en las sucesiones de Justiniano Cuervo y de Pedro Cuervo (hijo), que fueron los que Rosalía Valentín de Toquica (viuda de Justiniano Cuervo, su primer esposo) dijo venderle a Pablo Joaquín Barreto, pero en ningún caso a los bienes que a Marcelina Cuervo de Gualteros, una de las demandantes, le fueron adjudicados en el juicio de sucesión de su padre Justiniano Cuervo, que son la mitad de los bienes materia de la reivindicación a que se refiere este juicio. En este caso, el Tribunal violó el precitado artículo 765, inciso 4º del C. C., por no haberlo aplicado para darle su valor legal a la hijuela de adjudicación que en el juicio de sucesión de Justiniano Cuervo se le hizo a su hija Marcelina Cuervo de Gualteros, según la hijuela contenida en la escritura de protocolización de dicho juicio, escritura número 110, de 16 de febrero de 1923, que se presentó con la demanda y que figura de folios 6 a 11 del cuaderno principal.

Es, pues, fundada la causal que acaba de estudiarse.

El recurrente ampara su derecho en los títulos que presentó con su demanda, y el recurso, como ya se dijo al principio, va encaminado a sostener que al no haberle dado valor a esos títulos, el Tribunal incurrió en error de hecho y violó la ley substantiva.

El recurrente afirma que los títulos aducidos por la parte que representa, son títulos traslaticios de dominio, al tenor del artículo 765 del C. C., artículo que dice el recurrente, violó la sentencia, y que lo favorece. Por eso en la última parte de la letra a) del tercer motivo de casación, se expresa así: "Violó asimismo el Tribunal sentenciador el artículo 765 del mismo código, por no haberle dado aplicación, en relación con los títulos presentados con la demanda, al inciso 4º de dicho artículo, el cual establece que pertenecen a la clase de títulos traslaticios de dominio los actos legales de partición.

En este concepto está incluído el derecho para promover la acción reivindicatoria, pues vale la pena observar que toda la demanda se endereza a demostrar que son los títulos de la parte recurrente los que deben prevalecer.

Tomado así el concepto en que se funda la última parte de la lerta a) del tercer motivo de casación, es lo procedente estudiar los títulos presentados por la parte actora, en lo que hace referencia a los derechos emanados de Rosa Valentín de Cuervo con los presentados por la parte demandada.

Esta se ampara, entre otros, en la escritura número 153, de 28 de febrero de 1930, de la notaría de Zipaquirá, que se halla registrada debidamente, y de la cual aparece que Carlos E. Toquica y Teodora Vega de Toquica le vendieron al demandado Salomón Toquica, los derechos que tenían y les correspondían, al primero, por herencia de su finado padre Clímaco Toquica, y a la segunda, por gananciales en el matrimonio que existió con su finado esposo Clímaco Toquica, derechos y acciones vinculados en los inmuebles a que se refiere la demanda.

De esto resulta lo siguiente: a)—Que no está demostrado que los bienes que vendieron Carlos E. Toquica y Teodora Vega de Toquica a Salomón Toquica, fueran los mismos que Clímaco Toquica hubo de Pablo Joaquín Barreto, porque en la compra que aquél le hizo a éste se habla de derechos y acciones en la sucesión de Justiniano Cuervo y Pedro Cuervo, y en la venta de Carlos E. Toquica y Teodora Vega a Salomón Toquica, no se habla sino de los derechos hereditarios de Clímaco Toquica; b)—No podría, por lo tanto, afirmarse legalmente que los derechos que compró Salomón Toquica son los mismos que Clímaco Toquica compró a Pablo Joaquín Barreto; c)—Porque la compra de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto, sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición; d). Porque habiendo sido registrada la partición de los bienes relictos de Rosa Valentín, con anterioridad a la escritura, hecha por Carlos E. Toquica y Teodora Vega a Salomón Toquica, esos bienes entraron como cuerpo cierto al patrimonio de los adjudicatarios en esa partición, lo cual no pudo verificarse respecto de Salomón Toquica, porque ni la sucesión de Clímaco Toquica aparece que se haya liquidado ni que hubiera sido adjudicatario en la sucesión de Justiniano Cuervo, ni que los bienes dejados por Clímaco Toquica hubieran sido los derechos que Pedro Joaquín Barreto adquirió de Rosa Valentín, ni que esos bienes se le hubieran adjudicado a Salomón Toquica; y f)—Porque la parte demandada ampara su derecho en que es sucesora de los derechos de Rosa Valentín, y ya se vio que no aparece demostrado ese extremo. Falta, por lo tanto, un factor que enlace el título de que da cuenta la escritura 153 ya citada, con los otros títulos que adujo la parte demandada, según queda expresado.

Es, pues, fundado el motivo de casación que acaba de estudiarse.

Procede, por lo tanto, dictar la sentencia de instancia, la cual pasa a proferirse.

Según se vio, al estudiar las dos causales anteriores, a la parte demandante le compete la acción reivindicatoria establecida por el artículo 946 del C. C., y los títulos que ha presentado son suficientes, por lo ya dicho, para que prospere su acción.

De las escrituras y títulos presentados por ésta, aparece que es dueña de la cosa singular sobre que versa la reivindicación, pues siendo los actos legales de partición justos títulos traslaticios de dominio, art. 765 ibídem, y habiendo demostrado dicha parte que los inmuebles que hoy reivindica provienen de Pedro Cuervo, que fue el dueño primitivo de esos inmuebles, en cuya sucesión se le adjudicaron la mitad a Marcelina Cuervo y la otra mitad a Rosalía Valentín de Cuervo, ha comprobado su derecho de

dominio, en frente de los títulos presentados por la parte demandada.

En cuento a la identidad de los predios materia de la reivindicación, no hubo desacuerdo entre las partes y las sentencias de primera y segunda instancia partieron de esa base. En efecto, el hecho sexto de la demanda dice así: "Los demandados Salomón Toquica y Epifanio Lovera están en posesión de las fincas raíces a que se refiere la demanda." El demandado Toquica contestó así a ese hecho: "El sexto es cierto en cuanto a mí, pero no en cuanto a Epifanio Lovera, porque yo soy el poseedor de los mentados lotes y Lovera es mi arrendatario". Cabe observar que los lotes señalados en la demanda son los mismos delimitados en la escritura 153 de 28 de febrero de 1930, de la notaría de Zipaquirá, en la cual aparece la venta que Carlos E. Toquica y Teodoro Vega hicieron a Salomón Toquica de los derechos y acciones en la sucesión de Clímaco Toquica. Pero hay más; en la sentencia de primer grado se encuentra el siguiente aparte: "No habiéndose entablado cuestión alguna sobre la identidad del bien pedido en reivindicación y el que poseen los demandados, no se ve la necesidad de entrar en más análisis". En la sentencia de segundo grado se lee lo siguiente: "Los demandantes derivan, pues, su derecho de reivindicación sobre los lotes ciertos y determinados a que se refiere la demanda, de la adjudicación que se les hizo en la sucesión de Rosa Valentín de Cuervo, ya que solamente en las hijuelas que les fueron otorgadas con motivo de este juicio de sucesión, están determinados los lotes por sus linderos en la misma forma, como lo están en la demanda". Está, además, comprobado plenamente que el demandado es el poseedor de los inmuebles que se reivindican.

Resulta entonces que los elementos necesarios para que prospere una acción reivindicatoria y que son: derecho de dominio, identidad y posesión material por parte del demandado, están demostrados, lo que significa que la acción incoada debe prosperar.

Es oportuno observar que el abogado de la parte demandada no desconoce en el fondo el derecho de Marcelina Cuervo de Gualteros, como adjudicataria de su padre Justiniano Cuervo, sino que aduce como argumento en favor de la parte que representa, que no se trata en este pleito de los derechos de Marcelina Cuervo de Gualteros, como adjudicataria de su padre Justiniano Cuervo. Pero para rebatir este argumento basta considerar lo siguiente: en el poder conferido al doctor Sarmiento Barrero por Marcelina Cuervo de Gualteros, se refiere ésta a los inmuebles que son materia de la presente reivindicación, y señala como procedencia de éstos las adjudicaciones que se le hicieron en los juicios de Rosa Valentín de Cuervo y Justiniano Cuervo. En el hecho segundo de la demanda, la parte actora afirma y hace ver que los inmuebles sobre que versa este juicio les fueron adjudicados a Rosa Valentín de Cuervo, y a su hija como heredera del causante Justiniano Cuervo, hecho éste que acepta y da como cierto el demandado.

Finalmente, está comprobada la adjudicación hecha a Carlos J. Gualteros, como cesionario en parte de los derechos que a Marcelina Cuervo de Gualteros le correspondieron por parte de su madre, Rosa Valentín de Cuervo, y la venta que de parte de los bienes adjudicados a Carlos J. Gualteros hizo éste al doctor Eduardo Sarmiento Barreto, lo que equivale a decir que en todos los demandantes radica la acción para entablar el presente juicio.

El demandado Salomón Toquica debe ser considerado, para los efectos de las prestaciones, como poseedor de buena fe.

Por 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 proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, con fecha veintitrés de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, revoca la de primera instancia dictada en este juicio, y en su lugar falla:

Primero.—Condénase a Salomón Toquica a restituir a Marcelina Cuervo de Gualteros, a Carlos J. Gualteros y a Eduardo Sarmiento Barreto, seis días después de la ejecutoria de la sentencia, los siguientes bienes raíces, de que los demandantes son dueños en común y proindiviso, a saber:

a)—Un lote de terreno y casa en él edificada, ubicado en la vereda de "Río-grande", de la jurisdicción de Cajicá, alinderado así: por un costado, camino de vereda al medio, con terreno de Marcelina Cuervo de Gualteros; por otro, con camino de vereda al medio, con terreno que fue de la sucesión de Rosalía Valentín de Cuervo; por otro, al occidente, con terrenos de herederos de Salvador Torres y Epifanía Valencia; y por otro, al sur, con terreno de Purificación Gualteros, viuda de José Dámaso Gualteros.

b)—Otro lote de terreno, ubicado en la misma vereda de "Río-grande", de la jurisdicción de Cajicá, y alinderado así: por el sur, zanja o desagüe al medio y servidumbre de tránsito también al medio, con terreno de Marcelina Cuervo de Gualteros; por el oriente, con terreno de Leopoldo Cuervo;

por el norte, pared al medio, con terreno de Florencio Méndez; por el occidente, vallado al medio, con terreno de José Gómez y parte de terreno de Isaías Torres V.

Segundo.—El demandado Salomón Toquica, para el efecto de las prestaciones, es poseedor de buena fe, y deberá pagar los frutos de los lotes mencionados, desde el día de la notificación de la demanda.

Tercero.—No hay costas en el juicio.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Libardo Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCIONES PETITORIAS DE DOMINIO Y DE REIVINDICACION.—ASIGNACION TESTAMENTARIA CONDICIONAL.

La causal de casación consignada en el numeral 2o del artículo 520 del C. J. no puede tener cabida sino cuando el juzgador ha decidido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda, cuando ha fallado en más de lo pedido o cuando no ha decidido alguno de los puntos sobre que versa la controversia. Son cosas diferentes el registro de la sentencia aprobatoria de la partición y el registro de la partición misma; son no sólo diferentes, sino independientes esos dos actos. Por eso el legislador, en el numeral 6.o del artículo 2652 del C. C., se refiere a las sentencias o aprobaciones judiciales de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles y en los artículos 2654 y 2662 de la misma obra se refiere al trabajo de la partición. Como no se trataba de un juicio de sucesión sino de una cuestión referente a los efectos de un testamento con respecto al cual las partes estuvieron de acuerdo en que se presentó por haber muerto el testador, no tuvo el juzgador por qué exigir plena prueba de un hecho no discutido y sin el cual no se explicarían ni la acción intentada ni las excepciones propuestas ni el pleito mismo. Fallando la Corte ya en instancia por haber de casar la sentencia recurrida, dice, además: Como anotan los demandadores, en las cláusulas testamentarias los términos inciertos son condiciones. La subsistencia o resolución de una cláusula testamentaria condicional, como también de una cláusula condicional en un contrato, depende del hecho de verificarse o no el acontecimiento. Así como en los contratos bajo condición resolutoria, por el hecho de existir ésta no se suspende la ejecución del contrato, en las asignaciones testamentarias condicionales también bajo condición resolutoria, el beneficiario tiene el derecho desde el primer momento, el cual no se extingue sino cuando se realiza la condición que extinga su derecho. Una condición puede fallar, aun siendo potestativa, por circunstancias o acontecimientos independientes de la voluntad de las partes y aun tenerse como de ningún valor; de ahí los principios que informan los artículos 1531, 1532, 1533, 1534, 1535 del C. C. y en cuanto a las condiciones suspensivas la ley establece, artículo 1537, que se tendrán por fallidas si son o se hacen imposibles. Si según el artículo 1542 no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente, en tratándose de un fideicomiso, el tiempo, los treinta años establecidos por la ley, hacen fallar la condición y entonces no se puede exigir la restitución de la cosa, mientras que el evento de que pende la restitución no sea la muerte del fideicomisario.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón.

El doctor Luis F. Rincón Castro, como apoderado de Tito Pablo Avella, Avelino Granados, Margarita Avella de Granados, Manuel Gómez y Josefa Niño de Gómez, Francisco Osorio y María Avella de Osorio, Bárbara Avella, Francisco Avella, ejercitó las acciones petitorias de dominio y reivindicatoria, contra la comunidad de religiosas de las Hermanas de la Caridad de la Presentación, establecida en Colombia, respecto de la casa con sus solares, ubicada en el barrio de San Martín, de la población de Sogamoso y alinderada como aparece en la demanda.

Esas acciones las ejercitó de dos modos, a saber: principal y subsidiaria. En la acción principal pide para sus poderdantes directamente y en la subsidiaria para sus poderdantes como herederos del presbítero Ignacio Ramón Avella.

La sentencia de segunda instancia, así como la de primera, fue desatada desfavorablemente a las pretensiones de la parte actora por el Tribunal Superior de Santa Rosa, el 8 de noviembre del año próximo pasado, y en esa sentencia dedujo el fallador la excepción de carencia de acción y de derecho de los demandantes para instaurar la demanda y absolvió a la parte demandada de los cargos formulados contra ella, así en la demanda principal como en la subsidiaria.

Los hechos de los cuales se desprende la historia de este proceso, se sintetizan así: El doctor Ignacio Ramón Avella, en su memoria testamentaria, dispuso que la casa y solares materia de las peticiones de dominio y reivindicatoria, fueran de las Hermanas de la Presentación, mientras ellas estén en Sogamoso y la tengan destinada para colegio y cuando las Hermanas se vayan de Sogamoso pasará esa casa a los herederos del testador, o sea a las personas que representa el doctor Rincón Castro. El testamento del presbítero Ignacio Ramón Avella fue otorgado por éste el día dos de julio de mil novecientos uno.

Según la parte actora, y así lo interpretó el partidor, en la sucesión del presbítero Avella, la mencionada cláusula estableció

un fideicomiso, o por lo menos un derecho de usufructo en favor de la comunidad mencionada y como ni el usufructo ni el fideicomiso pueden pasar de treinta años y la comunidad mencionada ha gozado de la casa y solares ya señalados por treinta años, la comunidad debe devolverle la casa y solares expresados a los herederos del doctor Avella, devolución que ha debido verificarse desde el nueve de julio de mil novecientos treinta y uno.

Cecile le Borge, en religión Herman María Inés, y en representación de la comunidad demandada, se opuso a las pretensiones de la demanda, tanto respecto de la acción principal como de la subsidiaria.

La sentencia del Tribunal fallador, sin entrar a estudiar si la asignación constituye o no un fideicomiso, cuyo estudio consideró innecesario el sentenciador, se funda en lo siguiente: a) no aparece en el testamento del doctor Avella que hubiera sido registrado; b) se registró la sentencia aprobatoria de la partición en la sucesión del doctor Ignacio R. Avella, pero se dejó de registrar el trabajo o acto de partición; c) con excepción de la hijuela formada al doctor Tito Pablo Avella, las demás hijuelas de adjudicación, correspondientes a los otros demandantes, no fueron presentadas; d) la cartilla de adjudicación al doctor Tito Pablo Avella no aparece registrada legalmente, pues el registro de la sentencia aprobatoria de la partición, es cosa distinta del registro de la cartilla o hijuela que debe expedirse a cada adjudicatario, y e) no está demostrada legalmente la muerte del doctor Ignacio Ramón Avella.

Como primera causal, la parte recurrente alega la de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, puesto que dice que el Tribunal no se detuvo a analizar las bases que sustentan la acción subsidiaria, ni siquiera las mencionó.

La causal alegada, que es la que consigna el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o cuando ha fallado en más de lo pedido o cuando no ha desatado alguno de los puntos sobre que versa la controversia. En el presente caso el Tribunal se expresa así en la parte resolutoria de la sentencia: "Segundo: se absuelve a la parte demandada de los cargos contra ella formulados, así en la demanda principal como en la subsidiaria". Por esta transcripción se ve que el Tribunal desató la litis, no sólo respecto de la acción principal, sino también de la subsidiaria, y es sabido que es la parte resolutiva de una sentencia la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas, emanadas de la sentencia, entre las partes. La parte motiva es la base de la resolutiva y sirve para su interpretación. Quiere esto decir que si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por ese motivo, no es la consagrada por el numeral segundo del artículo 520 citado, sino es muy distinta.

Y esta tesis es la misma que comparte el recurrente, pues sin duda esa es la razón para que acuse la sentencia por falta de apreciación de algunas pruebas, como la del testamento del presbítero Ignacio Ramón Avella y la prueba de su defunción, en las cuales se sustenta la acción subsidiaria precisamente y las cuales analizó el Tribunal.

Ahora bien, si en ese análisis pudo o no errar, es cosa que se verá al estudiar las causales respectivas, pero no por eso y aunque hubiera errado, podría sostenerse que el Tribunal se colocó dentro del numeral 2º del artículo 520 ya citado.

La causal que se estudia no es, pues, fundada.

Uno de los fundamentos de la sentencia recurrida, como ya se dijo, consiste en que no aparece registrada la partición de los bienes dejados por el presbítero Ignacio Ramón Avella. Este fundamento lo ataca en casación el recurrente, en la última parte del segundo motivo de su demanda de casación, en los siguientes términos: "Sostiene el Tribunal que no se registró el trabajo o acto legal de partición en conformidad con las disposiciones legales sobre registro, punto que sí compete a la acción principal promovida en la demanda. En este particular incurrió en error de hecho, consistente en haber prescindido, hasta el extremo de no mencionarla siquiera, de la inscripción que se hizo de la sentencia aprobatoria de la partición, y por ende de la partición en el círculo de Pesca, lugar de la ubicación de algunos de los bienes partidos, fuera del registro que se hizo en Sogamoso, en el libro de causas mortuorias y en el libro número primero, inscripciones que son suficientes para llenar las exigencias de los artículos 2652, numeral 6º, y 2652 y 2653 del C. C. Aun cuando el registrador no dejó constancia de la inscripción del acto de partición sino de la sentencia aprobatoria de dicho trabajo, es de presumir que la inscripción en el libro número primero tuvo por objeto llenar las exigen-

cias de los dos artículos, últimamente citados, pues bien sabido era para el registrador, como para todo el mundo, que el libro primero tiene por objeto la inscripción de la traslación del dominio y no el registro de la sentencia aprobatoria de la partición. Consecuencialmente incurrió en este particular en error de derecho, por violación de las disposiciones substantivas que se acaban de citar, merced a interpretación errada que se les dio. Hay al respecto una presunción de haberse hecho debidamente el registro una vez que se llevó a cabo en los libros que señala la ley".

La Corte observa:

No está acreditado en autos que se hubiera registrado la partición de los bienes del presbítero Ignacio Ramón Avella y en este punto, que brilla en el proceso, está de acuerdo el recurrente, según lo qu acaba de transcribirse.

Son cosas diferentes el registro de la sentencia aprobatoria de la partición y el registro de la partición misma; son no sólo diferentes, sino independientes esos dos actos. Por eso el legislador en el numedal 6º del artículo 2652 del C. C. se refiere a las sentencias a aprobaciones judiciales de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, y en los artículos 2654 y 2662 de la misma obra se refiere al trabajo de partición.

Lo anterior es obvio: porque por regla general la sentencia aprobatoria de la partición, se refiere a ese trabajo, pero no lo inserta, de donde resulta que registrada únicamente la sentencia aprobatoria de la partición no pueden quedar cumplidas respecto de los bienes raíces, las exigencias del artículo 2659 ibídem, puesto que no quedan ni determinados ni alinderados los bienes a que se refiere y sobre los cuales ha versado la partición.

Cree la Corte pertinente transcribir los siguientes apartes, contenidos en sentencia de fecha ocho de octubre de mil novecientos treinta y cinco dictada por esta corporación, y en la cual quedó estudiada por todas sus fases tan importante materia.

Dijo lo siguiente la Corte en ese fallo: "Están sujetas al registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, según el ordinal 6º del artículo 2652 del C. C.; y que el registro de dicha sentencia, aprobación o decisión judicial, se conformará a lo dispuesto en los artículos 2659 y 2661 del mismo Código, y se debe hacer en el libro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de mil ochocientos ochenta y siete. Al tenor de esos preceptos no puede concluírse que la sentencia judicial que aprueba el trabajo de partición incluya en sí o reproduzca el trabajo mismo de partición, pues se acostumbra por los jueces, porque la ley no exige otra cosa, referirse apenas en dicha sentencia a la partición que se aprueba, pero no reproducirla, en el texto de la sentencia. Y como en el registro la designación de la cosa se hace según aparezca en el título o documento, que es lo que manda el ordinal 3º del artículo 2659, y la "cosa" no se designa en la sentencia aprobatoria de la partición por su situación y lindero sino que, en cuanto a éstos, apenas hay una referencia a los que trae el trabajo mismo de partición, es claro que al registrarse la sentencia, acto o decisión judicial que aprueba el trabajo de partición, no quedan registradas las cosas mismas partidas por su situación y linderos, a menos que en la sentencia se haya hecho la reproducción total de la partición que se aprueba, procedimiento que, ni lo exige la ley, ni se acostumbra, como ya se ha observado, caso este último en que habría que estudiar si el registro de la partición incorporada sería o no eficaz. El trabajo de partición misma, presentado por el partidor o partidores y que incluye en su contexto las respectivas hijuelas formadas a cada adjudicatoria, requiere registro especial, distinto al de la sentencia que después lo aprueba, porque son piezas diferentes que se cumplen cada cual en su momento y con fines propios; el registro o inscripción del acto mismo de la partición está ordenado por los artículos 2654 y 2662 del C. C. y de la sentencia judicial que la aprueba por los artículos ordinal 6º del 2782 y 2661 del C. C. Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan sus efectos de servir de título traslaticio de dominio del de cujus a sus herederos, sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión. Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación, si la partición misma no ha sido registrada, y al contrario se cumplen, si lo ha sido, porque según el artículo 2662, la partición que se registra, comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se

cumple si lo registrado fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas. Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que la aprovechen, pues si los bienes de la hijuela o alguno de ellos están situados en circuitos distintos a aquel en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas de circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C."

Teniendo pues en cuenta lo que acaba de exponerse y considerando que la casa y solares sobre que versa la demanda están ubicados en la población de Sogamoso, que en ésta se registró la sentencia aprobatoria de la partición de los bienes dejados por el presbítero Ignacio Ramón Avella, pero que no se registró el acto de partición de tales bienes y que esa falta de registro no puede presumirse, se concluye que no es fundada la causal que se estudia.

El Tribunal en la sentencia recurrida, observó respecto de la hijuela presentada por el doctor Tito Pablo Avella, que no estaba legalmente registrada, pues el registro de la sentencia aprobatoria de la partición es cosa distinta del registro de la cartilla o hijuela que debe expedirse a cada adjudicatario, y que es propiamente su título de dominio.

El recurrente, en el tercer motivo, ataca así este concepto: "Ahora, el reparo que en esa parte del fallo se hace, de que no existe el registro de la hijuela del doctor Tito Pablo Avella, queda comprendido en el cargo que motiva la anterior acusación, porque él figura en primer término en las adjudicaciones que hizo el partidor en la hijuela tercera. Es tan injustificado este cargo como el que anteriormente hizo la sentencia al afirmar que no aparece registrado el trabajo o acto legal de la partición y que por lo mismo no tiene valor probatorio alguno."

Está en lo cierto el recurrente al afirmar que la causal que se estudia queda comprendida en la anterior, o sea en la que acaba de estudiar la Corte, y por eso las mismas razones que militan para declarar que no es fundada la causal anterior, militan también para concluír que la que se estudia es infundada.

Las dos últimas causales que acaban de estudiarse, son las que se refieren a la acción principal, es decir, las que colocan a los demandantes en su calidad de adjudicatarios, calidad que no puede darse por demostrada por las razones que ya se han expuesto, lo cual equivale a decir que respecto de la acción principal, la sentencia acusada se ajusta a la ley.

El recurrente concreta la mayor parte de su esfuerzo a la acción subsidiaria y de ahí que se refiera a ésta no sólo de una manera particular en el cuerpo de su demanda, sino que hasta involucre cuestiones que se refieren a la acción subsidiaria al hacer las acusaciones sobre la acción principal.

La suerte de la acción subsidiaria, en cuanto a su estudio de fondo, no en cuanto a su éxito, depende de las conclusiones a que se llegue respecto del testamento del causante Ignacio Ramón Avella, y de si está comprobado su fallecimiento, ya que respecto de la personería de los demandantes, como herederos de Ignacio Ramón Avella, no existe discusión, ni es materia del recurso.

Lo anterior no se le ha ocultado a la penetración del abogado recurrente, quien ataca la sentencia, de modo muy especial, por no haber estimado el testamento del presbítero Avella citado y por no haber considerado que estaba probado su fallecimiento.

En una parte de la causal primera, se expresa así el recurrente: "En el punto analizado el Tribunal incurrió igualmente en error de hecho: apareciendo de modo manifiesto en los autos que sobre la base de un testamento legalizado se tramitó y decidió el juicio de sucesión del doctor Avella, que de acuerdo con la memoria testamentaria, en que como se vio afianza su defensa la parte demandada se tuvieron como herederos del causante los demandantes, entre otras personas; que la sentencia aprobatoria de la partición se ejecutorió y registró debidamente, como lo dijo el mismo Tribunal; todos esos hechos que constituyen otras tantas verdades y que no fueron objeto de contradicción en la litis, abiertamente se desconocieron en el fallo recurrido, como se ha visto".

La Corte observa:

El testamento del presbítero Ignacio Ramón Avella, no fue traído a los autos, como un documento independiente, sino que está inserto en la copia de la diligencia de protocolización del juicio sucesorio del mencionado presbítero, e insertado en la escri-

tura 335 de 6 de mayo de 1905, corrida ante el Notario primero de Sogamoso,

Por el modo como está inserto y que hace parte integrante de las diligencias de protocolización de dicho juicio, se concluye, sin esfuerzo, que la validez de tal testamento fue tenida en cuenta a su tiempo y que fue la base sobre que se hizo la partición de los bienes dejados por el presbítero Avella. Y ese testamento, cuya validez no se discute en este juicio, testamento en el cual ambas partes se amparan, no ha debido ser desechado por el Tribunal fallador, por las razones ya expresadas. Hubo pues un verdadero error al no ser tenido en cuenta tal acto, de donde se concluye que el cargo que se estudia es fundado.

La sentencia recurrida estimó que no estaba comprobada la defunción del presbítero Ignacio Ramón Avella, y se expresó así sobre el particular: "Aparte de las mencionadas irregularidades, se encuentra otra no menos lamentable, y ésta se refiere a la partida de defunción del causante, doctor Ignacio Ramón Avella, la que según puede verse al folio v. del cuaderno segundo, solamente fue traída en copia, pero tomada de otra copia, por el secretario del Juzgado tercero de este Circuito; de manera que esa partida nunca puede constituír plena prueba de la defunción del causante, puesto que no ha sido expedida por el respectivo párroco con insersión de la partida existente en los libros parroquiales..."

El recurrente en el cuarto motivo de casación se expresa así: "Lo lamentable no es que la parte demandante hubiera traído a ese juicio la partida de defunción del doctor Ignacio Ramón Avella, en la forma criticada por el Tribunal, sino que éste hubiera olvidado que aquí no se trata de liquidar la sucesión de dicho causante, juicio en que sí era indispensable ese comprobante de defunción". Con esta premisa el recurrente acusa en esa parte la sentencia, por error de hecho manifiesto, y por eso dice lo que sigue: "También es manifiesto en este particular el error de hecho, porque además de que apreció indebidamente la mencionada partida de defunción, estimándola como prueba y dándole un alcance ajeno a la intención de las partes y al objeto de la litis, con esa apreciación errada, se desestimaron por el sentenciador elementos de comprobación, que sí se habían traído con ese carácter al juicio, que sí le sirven de fundamento y que llenan las condiciones legales sobre prueba, como son las piezas que vinieron del juicio de sucesión del causante doctor Avella".

La Corte observa:

En el caso presente no era necesaria la plena prueba de la muerte del presbítero Avella. Esta era necesaria en el juicio de sucesión, como base de éste. En el juicio actual esa muerte no es hecho básico. Planteada al juzgador una cuestión concerniente a los efectos de un testamento con respecto al cual las partes están perfectamente de acuerdo en que se ha presentado por haber muerto el testador, no tiene el juzgador por qué exigir plena prueba de un hecho que las partes no discuten y sin el cual no se explicarían ni la acción intentada ni las excepciones propuestas ni el pleito mismo.

Tiene, pues, toda la razón el abogado recurrente y la causal que se estudia es fundada, puesto que, como lo dice el recurrente, al no aceptar el Tribunal el testamento del doctor Avella violó, por infracción directa los artículos 603 y 604 del C. J. en relación con el 225 de la misma obra, y al estimar que no estaba acreditada la defunción del presbítero Ignacio Ramón Avella, violó el Tribunal el artículo 22 de la Ley 57 de 1887, por indebida aplicación, como lo expresa claramente la parte recurrente en su demanda de casación. El citado Tribunal, por no reconocer el valor del testamento del citado presbítero y estimar que su muerte no estaba comprobada, no entró en el estudio de fondo ni estudió, por lo tanto, la acción de restitución, a que se refiere la petición subsidiaria, por lo cual es preciso casar la sentencia, para reformarla. En virtud de lo anterior queda en pie, para su estudio, la acción subsidiaria y es preciso entonces entrar en el fondo del problema y dictar sentencia de instancia.

El presbítero Avella se expresó así en el testamento: "La casa ubicada en Sogamoso, en donde actualmente está el Colegio de las Hermanas de la Presentación, la dejo mientras ellas estén en Sogamoso, destinada para colegio y cuando las Hermanas se vayan de Sogamoso, pasará esta casa a mis herederos; teniendo las Hermanas la obligación de mandar decir tres misas cada mes por mi intención".

Apoyado en esta cláusula el representante de la parte actora sostiene en los hechos f), g), h), i) de su demanda, que la mencionada cláusula lleva la orden de restitución característica de esta clase de asignación, establece un fideicomiso o por lo menos un derecho de simple usufructo a favor de la comunidad beneficiaria, que ni el fideicomiso ni el usufructo pueden pasar de treinta años, que como la comunidad demandada ha gozado de la propiedad fidu-

ciaria o de usufructo sobre el bien raíz objeto del juicio durante treinta años, que se cumplieron el nueve de júlio de mil novecientos treinta y uno, dicha comunidad debe devolverlo o restituírlo a los herederos del doctor Avella, restitución que se ha resistido a hacer dicha comunidad, no obstante los reclamos que se le han hecho.

La parte demandada apoyada también en la cláusula testamentaria ya transcrita, sostiene que está en posesión del inmueble materia del pleito, y que no ha convenido en entregárselo a los herederos del presbítero Avella por no estar obligada a efectuar tal entrega, pues la comunidad demandada debe cumplir la voluntad del testador que destinó ese inmueble para colegio de las Hermanas de la Caridad en Sogamoso, mientras ellas estén en dicha ciudad.

Cuando el presbítero Avella otorgó su testamento las Hermanas de la Presentación tenían establecido un colegio, en la casa que en su testamento asignó dicho presbítero a la comunidad de las Hermanas, casa que les dejó, destinada a ese colegio. Este es el significado obvio y trivial de la cláusula testamentaria, sobre ese significado está escrita la demanda, según se ve claramente del cuerpo de ella y especialmente de los hechos e), f), g), h), i), j), k), l), ll) del libelo, y ese significado e interpretación también lo ha aceptado la parte demandada. Y sobre esa base procede la Corte, porque no sería posible variar los términos ni la misma intención de la demanda, después de propuesta y aceptada en esa forma y después de haber sido trabada la litis en los términos en que la demanda se presentó. No le es dado al demandante después de la litis contestatio o de establecida la relación jurídico procesal, variar los términos e intención de la demanda en sus alegatos de instancia. Y el juzgador debe atenerse al modo como se planteó la litis.

Se trata de una asignación testamentaria condicional, que se rige no sólo por las disposiciones del capítulo segundo del título cuarto del libro tercero del C. C., sino también por las disposiciones del título cuarto del libro 4º de dicha obra, pues así lo previene la parte final del artículo 1128 ibídem. Y es una asignación condicional porque siendo la esencia de la condición un evento futuro y en este caso incierto, ese evento está previsto o mejor establecido en la cláusula testamentaria. Y como anotan los comentadores, en las cláusulas testamentarias los términos inciertos son condiciones, lo cual no hace más sino reproducir el siguiente principio de Derecho Romano: In testamento dies incertus conditionem facit. Para los herederos del presbítero Avella, la condición impuesta en la cláusula testamentaria es suspensiva, porque ellos no pueden adquirir el derecho al inmueble sino cuando se cumpla una condición, cuando las Hermanas de la Presentación se vayan de Sogamoso; para esta comunidad la condición impuesta por el testador es resolutoria y por eso pierden el derecho a la casa cuando se vayan de Sogamoso. Artículo 1536 del C. C.

No fijó el testador un plazo determinado, durante el cual las Hermanas de la Presentación hubieran de sostener su colegio en Sogamoso, sino que sometió la cláusula del testamento a un día incierto e indeterminado, porque no se sabía si la comunidad demandada se iría de Sogamoso ni el día en que esto sucediera. Esta modalidad le da a la cláusula el carácter de verdadera condición al tenor del artículo 1141 del C. C.

No se ve, pues, la razón en que se funda el recurrente para sostener que la asignación es hasta ese día incierto y determinado, porque lo incierto pero determinado puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuando, como el día en que una persona cumpla tantos años, pero en el caso que se contempla no se sabía ni podía saberse cuándo, qué día, ni en qué fecha se irían las Hermanas de la población de Sogamoso, lo cual constituye la naturaleza y la esencia de lo indeterminado, tanto desde el punto de vista jurídico, como del filológico y gramatical.

La subsistencia o resolución de una cláusula testamentaria condicional, como también de una cláusula condicional en un contrato, depende del hecho de verificarse o no el acontecimiento. Así como en los contratos bajo condición resolutoria, por el hecho de existir ésta no se suspende la ejecución del contrato, en las asignaciones testamentarias condicionales también bajo condición resolutoria, el beneficiario tiene el derecho desde el primer momento, el cual no se extingue sino cuando se realiza la condición que extinga su derecho. De donde se desprende, como apunta Giorgi, que si falta la condición, el contrato o la asignación quedan irrevocables como si se hubiera ultimado ab initio sin condición resolutoria y la ejecución que hasta ese momento tenía carácter provisional pasa a ser definitiva.

Estaba o está dentro de la potestad de la comunidad demandada irse o quedarse en la población de Sogamoso; por este aspecto la condición tiene para la parte demandada el carácter de potestativa, artículo 1542 del C. C., y el sólo hecho de la voluntad de esa comunidad habría podido extinguir la obligación y resolver su derecho.

Pero este extremo no es el contemplado en la presente litis, porque precisamente por la no ida de la comunidad demandada de la población de Sogamoso, o mejor todavía, por el no abandono y por la no entrega de la casa a los demandantes, es por lo que se inició el presente litigio.

Una condición puede fallar, aun siendo potestativa, por circunstancias o acontecimientos independientes de la voluntad de las partes y aun tenerse como de ningún valor; de ahí los principios que informan los artículos 1531, 1532, 1533, 1534, 1535 del C. C. y en cuanto a las condiciones suspensivas la ley establece, artículo 1537, que se tendrán por fallidas si son o se hacen imposibles.

Mas no fallando la condición, en los casos de los artículos que acaban de citarse no puede exigirse el cumplimiento de la obligación, artículo 1542, y respecto de las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, éstas no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservatorias necesarias; por eso y en concordancia con los artículos que acaban de citarse y como consecuencia lógica de ellos, verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes hayan dispuesto lo contrario, artículo 1545 ibídem.

Las disposiciones condicionales que establecen fideicomisos, se reglan por el título de la propiedad fiduciaria, dice el artículo 1137 del C. C. Esta disposición concordada con las que reglan el fideicomiso, constituye una excepción al artículo 800 del C. C., que enseña que toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución y que esos treinta años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria.

Si, pues, según el artículo 1542 no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional, sino verificada la condición totalmente, en tratándose de un fideicomiso, el tiempo, los treinta años establecidos por la ley, hacen fallar la condición y entonces no se puede exigir la restitución de la cosa, siempre que el evento de que penda la restitución no sea la muerte del fiduciario.

A la luz de lo anterior debe fallarse el presente litigio: Las partes están de acuerdo, y en esto no hay discusión, en que la comunidad demandada hace más de treinta años está en posesión de la casa y solares materia de la reivindicación. Si la cláusula del testamento del doctor Avella se interpreta como la constitución de un fideicomiso, no hay lugar a las declaraciones de la acción subsidiaria porque la condición está fallida, por el transcurso del tiempo, artículo 800 citado, y el fiduciario o sea la comunidad demandada, ha venido a ser, por ese fenómeno jurídico, dueña exclusiva de la casa y solares. Y obsérvese que es sobre el concepto de que se trata de una propiedad fiduciaria sobre que está concebida la demanda y que el partidor y el juez en la sucesión del presbítero Avella así lo entendieron.

El artículo 800 citado se inspira en un principio trascendental, que es el mismo en el que está basado el artículo 37 de la Constitución Nacional, a saber: que no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles. Si siempre estuviera en vigor una condición suspensiva, si no existiera un fenómeno legal que la extinguiera, se llegaría el caso en que prácticamente habría bienes raíces fuera del comercio y respecto de los cuales nadie podría disponer.

También el demandante se refiere en su demanda al concepto de usufructo, pero no puede admitirse ese extremo, por las siguientes razones: a) porque de la cláusula del testamento del doctor Avella, no puede rectamente deducirse que hubiera querido establecer un usufructo, puesto que él asignó esa casa y solares a la comunidad de las Hermanas, con una condición: mientras estuvieran en Sogamoso con el colegio; b) porque el mismo partidor, si bien entendió que se trataba de un fideicomiso, no interpretó la cláusula del testamento, como constitución de un usufructo, que se repite, no resulta, de la cláusula testamentaria mencionada, y c) porque como lo observa el abogado opositor, el concepto de usufructo es inadmisible en el caso presente, porque no se trata de una condición hasta día incierto, pero determinado, sino de una condición hasta día incierto e indeterminado, que es siempre una verdadera condición y entonces debe aplicarse el artículo 1141 del C. C.

Aun cuando no ha sido materia del pleito ni de discusión, vale la pena observar que la cláusula testamentaria no entraña una asignación modal, tanto por lo ya dicho, como porque el modo, que es una carga impuesta al que recibe una liberalidad, no suspende ni resuelve el vínculo ni la asignación sino que constriñe y obliga al aceptante a efectuar las cargas que se le imponen, y cuando la comunidad demandada recibió la casa de Sogamoso en virtud de la cláusula del testamento, ya la tenía destinada para colegio, no por la voluntad del testador, sino de la misma comunidad asignataria.

El derecho que pudieron tener los demandantes a la casa y solares, quedó extinguido por el transcurso del tiempo que vino a hacer legalmente imposible la restitución del inmueble, surgiendo una excepción perentoria a favor de la comunidad demandada, que es preciso deducir al tenor del artículo 343 del C. J.

La sentencia recurrida declaró probada la excepción de carencia de acción y derecho en los demandantes, para instaurar la demanda, base de este pleito y sobre ese concepto absolvió a la entidad demandada de los cargos formulados contra ella, así en la demanda principal como en la subsidiaria.

La Corte observa:

Respecto de la acción principal no era el caso de deducir ninguna excepción, sino de absolver directamente, por cuanto los demandantes no demostraron su derecho, es decir, su calidad de adjudicatarios en la sucesión del presbítero Avella, que es con el que formulan esa acción principal. Es sabido que una excepción perentoria propiamente dicha, no se deduce sino cuando se ha llegado a la conclusión de que el derecho se demostró, pero ha quedado extinguido por un fenómeno jurídico la excepción que se opone a lo substancial de la acción.

Mas no habiendo triunfado los motivos de casación, respecto de la acción principal, de la cual fue absuelta la parte demandada, no puede la Corte modificar la parte resolutiva de la sentencia, sobre ese particular, no obstante la impropiedad de la sentencia, porque sucede aquí lo mismo que cuando en una sentencia, no se casa el fallo cuando se llega a la misma conclusión, aunque por un motivo distinto del que sustenta la sentencia recurrida; el concepto que lo sustenta es distinto; pero la parte resolutiva es es la misma y por eso no se modifica.

Respecto de la acción subsidiaria es preciso reducir, por lo ya expuesto antes, la excepción perentoria consistente en estar fallida la condición, y en cuanto a las costas, la Corte estima que no hubo temeridad en el juicio.

Lo anterior demuestra, que la sentencia recurrida debe casarse parcialmente, y que la casación se refiere al reconocimiento de una excepción perentoria que sustenta la absolución a la parte demandada de los cargos contenidos en la demanda subsidiaria y la revocación del fallo en cuanto condena a la parte actora en las costas del juicio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia recurrida de fecha tres de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Santa Rosa y la reforma en los siguientes términos, en que queda definitivamente fallado este asunto.

Primero.—Confírmase el numeral primero de la sentencia recurrida.

Segundo.—Se absuelve a la parte demandada de los cargos formulados contra ella en la demanda principal.

Tercero.—Declárase probada la excepción perentoria de condición fallida y en tal virtud se absuelve a la parte demandada de las peticiones formuladas contra ella en la acción subsidiaria y sus consecuenciales.

Cuarto.—Confírmase el numeral tercero de la sentencia recurrida.

Quinto.—Revócase la última parte de la sentencia recurrida, en la que se condena en las costas a la parte actora y resuélvese que no hay lugar a condenación en costas ni en el juicio ni en el recurso.

Sexto.—Quedan así reformadas tanto la sentencia recurrida como la dictada por el juez de primera instancia en este pleito.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase 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 ppdad.

ACLARACION

En la parte final de la primera columna de la página 30 del número 1904 de la GACETA JUDICIAL, aparece un error consistente en una omisión, y para corregirla se inserta a continuación el párrafo tal como es, y según fue publicada la sentencia (Mercedes Saldarriaga de Botero contra la fábrica de Tejidos de Rosellón y el Municipio de Envigado, sobre uso y devolución de unas aguas):

"Y volviendo al régimen establecido por el legislador en los artículos 677, 892 y 893 del C. C. (del cual, sobra advertirlo, es parte integrante el 894), el resultado de hecho de que los propietarios riberanos, y, en ciertas circunstancias excepcionales, los no riberanos, tengan un derecho que les es común a servirse de las aguas nacionales que atraviesen o delimiten sus fundos, con restricciones también comunes a todos (v. gr., la de devolver el sobrante), significa que cada uno de ellos está investido naturalmente del poder necesario para intentar las acciones conducentes a obtener el fin que la misma ley persigue, o sea el reconocimiento efectivo del interés que cada uno tiene en servirse de las aguas convenientemente, dentro de los límites de la ley, sin que para eso sea necesario invocar otro título que su interés particular, aunque éste sea común a otros, porque precisamente el de cada uno está limitado en función del de los demás. Si ese derecho es común, el interés está en que a cada uno no se le menoscabe el que le pertenece".

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

JUICIO MILITAR



Los trámites procedimentales de todo juicio criminal (y el militar lo es) no son meras fórmulas o ritos forenses, sinó que se han establecido para hacer efectivo el derecho de la sociedad a impartir justicia y el derecho del procesado a defenderse.

El principio de Derecho Penal según el cual debe el juicio ser público, se afecta por la irregularidad de que al procesado no se le vayan notificando, a su debido tiempo, todas y cada una de las providencias que se dicten en el proceso.

El principio de que el procesado deba ser juzgado por sus jueces y no por jueces AD HOC se quebranta cuando la escogencia o el sorteo de los juzgadores no se lleva a cabo con todos los requisitos legales, aun los de mera forma, pues no debe haber la menor duda sobre la legitimidad del poder con que los jueces fallan.

El derecho, no ya simplemente penal sino NATURAL, que el procesado tiene para defenderse y proponer sus descargos se viola cuando las autoridades niegan la práctica de las pruebas o la eluden por medios más o menos artificiosos.

La notificación tardía de un auto que ya se ha cumplido al menos en parte, equivale a carencia de notificación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Por auto fechado el diecisiete de octubre de mil novecientos treinta y cinco, el Comando de la 5ª Brigada del Ejército concedió al Capitán Marco Cerra Pertuz el recurso de nulidad contra el fallo dictado por el Consejo Superior de Guerra, en Bucaramanga, el quince de los mismos mes y año.

Por el conducto regular, esto es, el Ministerio de Guerra, vino el expediente a esta Sala de la Corte, que es la entidad competente para conocer del recurso, al tenor del artículo 112 de la ley 84 de 1931. Adviértese que, por otra parte, en la misma sentencia proferida por el Consejo de Guerra se ordenó surtir ante la Corte la consulta de aquélla, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 98 y 103 de la procitada ley 84, "De Justicia Militar".

Como ya se surtieron los trámites de procedimiento ante la Corte, ha llegado la oportunidad de dictar el fallo respectivo, lo cual se procede a efectuar, previas los considerandos que en seguida se expresan.

El Capitán Marco Cerra Pertuz, perteneciente al Batallón "García Rovira", fue llamado a juicio con fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y cinco, "por el delito militar de desobediencia que define y castiga la ley 84 de 1931 en su Capítulo II, Título IV del Libro III". Adelantada la causa, el Consejo de Guerra Superior declaró responsable al procesado, calificó su delincuencia en tercer grado y lo condenó a la pena principal de dieciocho meses de prisión militar y a la accesoria de separación del servicio, por considerar aplicables al caso las disposiciones de los artículos 176 y 130 de la ley 84 de 1931.

Es bien sabido que la competencia legal de la Corte, respecto de negocios como el que ahora se estudia, está determinada, con toda precisión, por el artículo 112 de la ley 84 citada, que dice:

"Contra las sentencias definitivas dictadas por consejos de guerra, ordinarios o superiores, no podrá interponerse ante la Corte Suprema otro recurso que el de nulidad por las causales que establece el artículo anterior. 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".

De acuerdo con la disposición transcrita, son dos los puntos que la Corte debe examinar: si el proceso se halla afectado de nulidad, por alguna de las causales que enuncia el artículo 111 de aquella ley, y si la aplica-

ción de la pena ha sido legalmente hecha, de acuerdo con la decisión del Consejo de Guerra, decisión que no le es dado a la Corte variar respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado. Es obvio, por tanto, que al estudiar un proceso militar se analiza primero la cuestión de nulidad, puesto que si ella prospera, no hay lugar a decidir acerca del otro punto, o sea el referente a la acertada o errónea aplicación de la pena.

En el proceso del Capitán Marco Cerra Pertuz, tanto el señor Procurador General de la Nación como el señor abogado defensor del Capitán solicitan de la Corte que se declare la nulidad de lo actuado, por varios motivos o causales.

El señor Procurador General de la Nación, en su vista fechada el quince de febrero del corriente año, expresa los siguientes conceptos que, por estimarlos muy importantes y atendibles, transcribe la Sala a continuación. Dice así el señor Procurador:

"... quizá para bien de la justicia, este Despacho encuentra en el proceso estas anomalías, que es preciso tener en cuenta para deducir de ellas consecuencias jurídicas:

"El auto en que se señala día para la decisión de la causa tiene una importancia capital en los juicios militares, y su notificación oportuna al defensor del reo es decisiva para la cumplida cabalidad o eficacia de los deberes de aquél. Desde esa notificación el defensor sabe que debe intensificar su esfuerzo y preparar argumentos en pro de su defendido, a la vez que tiene abierto el camino para allegar pruebas, puesto que principia el término para solicitarlas. De suerte que sin esa notificación oportuna el derecho de defensa se convierte en ilusorio. Ahora bien: el auto mencionado se dictó el primero de octubre (f. 110), y en esa misma fecha se hizo el sorteo de vocales; pero resulta que al defensor, Teniente Coronel Tobías López, se le dio posesión del cargo el diez del mismo mes, y en ese mismo día se le notificó el auto de convocatoria, el de proceder y una serie de providencias anteriores que no conocía (f. 172), siendo así que el juicio debía verificarse cuatro días después. Cómo podía cumplir la defensa su sagrada misión dentro de un término tan angustioso y cohibido por esas irregularidades?

"Entre las causales de nulidad que señala el artículo 111 de la ley 84 de 1931, sobre justicia militar, se encuentra esta:

"'3ª—No haber notificado al reo y a su defensor el auto en que se señala día para la decisión de la causa'.

"Yo entiendo, señores Magistrados, que se ha incurrido en la nulidad mencionada, porque tratándose de garantías para el que responde ante la justicia, éstas deben ser completas, no deficientes o ineficaces. Pero si consideráis que lo narrado no es suficiente para constituir la causal, porque la notificación siempre fue hecha, entonces voy a presentaros otro motivo de nulidad inobjetable:

"El artículo citado también dice:

"'No recibir las pruebas conducentes, pedidas o presentadas en tiempo'.

"A folios 177 aparece que el defensor, Teniente Coronel López, pidió como única prueba, probablemente por no tener tiempo para más, que con carácter de urgente se expidiera copia auténtica de las calificaciones personales hechas con relación al Capitán Cerra Pertuz, durante los últimos cinco años de servicio. En subsidio solicitó un certificado que debía ser expedido por el Ministerio de Guerra y enviado por telégrafo.

"El Juez sustanciador, ateniéndose a un informe del Secretario, no decretó la prueba o la decretó a medias (f. 177 vuelto), y esta providencia improcedente e ineficaz, ni siquiera se notificó al defensor.

"Tenemos, pues, que tan importante prueba no fue recibida por incuria o desdén del funcionario.

"Por lo expuesto conceptúo, salvo mejor parecer vuestro, que este proceso debe declararse nulo desde el auto que señaló día para la decisión de la causa, o desde aquel en que no se atendió la petición de pruebas en la forma debida, según la causal que estiméis como mejor demostrada, de las dos que señalo anteriormente".

El señor defensor, por su parte, después de impugnar el fondo mismo de las imputaciones formuladas contra el procesado, se queja de que el juicio adolece de las siguientes irregularidades:

a)—Haber asumido el papel de juez "el mismo jefe de la Brigada que había sido el ofendido por la desobediencia, caso de que ella existiera";

b)—No haberse agotado los trámites de la apelación interpuesta contra el auto de proceder y ante el Presidente de la República, pues dicho trámite cesó en el Ministerio de Guerra, a pesar de que el juez sustanciador había otorgado el recurso para surtirse ante el Presidente;

c)—Haber adelantado la causa, vuelto ya el expediente al Comando de la Brigada "sin permitir siquiera que el defensor nombrado se posesionara y entrara a ejercer sus funciones";

d)—Haberse hecho la designación de los oficiales que debían integrar el Consejo de Guerra, en forma secreta, sin notificar al acusado ni a su defensor, y sin que ninguno

de ellos asistiera a la diligencia de sorteo, ya que el sindicado estaba preso;

e)—No habérsele dado posesión al defensor sino horas antes de vencerse el término de prueba, cuando estaba ya fijado el día para la celebración del Consejo de Guerra;

f)—"Todas las leyes escritas y los principios de equidad y de humanidad que rigen la administración de justicia en materias criminales, tienen consagrado el principio de que el ofendido no puede ser al mismo tiempo juez para el ofensor. La ley de justicia militar no admite siquiera que el agraviado sea funcionario de instrucción (art. 42, ley 84 de 1931). Y sin embargo, en este caso el comandante de la Brigada fue quien dio la orden que se reputa desobediencia; el mismo jefe el que ordenó el arresto del acusado; quien dispuso seguirle el juicio; quien actuó luégo como juez sustanciador e incurrió en todas las irregularidades ya anotadas; quien presidió el Consejo de Guerra; quien formuló y contestó afirmativamente el interrogatorio sometido a los jueces; y, finalmente, quien dictó la sentencia condenatoria. Apenas es concebible una mayor acumulación de actuaciones de parte de quien resulta ofendido por el 'delito', encaminadas directamente a condenar al inculpado; y apenas es concebible también una mayor suma de inseguridad y de falta de garantía para un acusado, dentro de un sistema legal que se precia de civilizado.

"A extremos como los que se dejan anotados sólo es posible llegar cuando se procede bajo la obsesión de imponer un castigo injusto, o movidos por un criterio lamentable como el que denota el oficio en que el comandante, ofendido, juez sustanciador y vocal del consejo de guerra contra el Capitán Cerra Pertuz, se dirige al Ministerio de Guerra, para hacerle saber que 'se ha atacado al gobierno' con ocasión del proceso, y mover así toda esa actividad y esa sabiduría que se aunaron para rechazar la apelación contra el auto de proceder, cuando en otros procesos, como por ejemplo el seguido contra el teniente Parada, con intervención de la misma auditoría, se había surtido la apelación ante el Presidente de la República, quien, con fecha 5 de febrero de 1934, revocó el enjuiciamiento y sobreseyó a favor del oficial acusado".

El señor defensor formula además los mismos reparos propuestos por el señor Procurador General de la Nación, a saber: que la inoportuna notificación del auto por medio del cual se señala día para la audiencia equivale a omitir tal notificación y a incurrir en la causal de nulidad señalada por el numeral tercero, artículo 111 de la ley de justicia militar; y que en este proceso no se recibieron las pruebas conducentes, pedidas en tiempo, lo cual también es motivo de nulidad, según el numeral 4º de aquella disposición legal.

La Corte observa respecto de las tesis y de los argumentos propuestos por el señor Procurador General de la Nación y por el señor abogado del recurrente, lo que sigue:

Los trámites procedimentales del juicio criminal (y el militar lo es en este caso) no son cuestión de mera fórmula o de ritos forenses, sino que están establecidos para la efectividad de las normas tutelares del derecho social a impartir sanción y del derecho del procesado a defenderse.

El principio del derecho penal moderno, según el cual el juicio debe ser público, se afecta por la irregularidad de que al procesado no se le vayan notificando, a su debido tiempo, todas y cada una de las providencias que se dicten en el proceso; el principio de que el sindicado debe ser juzgado por sus propios jueces o, como suele decirse, por sus "jueces naturales", se quebranta cuando la escogencia del personal que debe juzgar no se hace de la manera estrictamente prevista por la ley o cuando la escogencia o el sorteo de los juzgadores admite cualquier reparo, aun de mera forma; el sindicado tiene derecho de que ni siquiera una apariencia le infunda temores sobre la legitimidad del poder con que sus jueces proceden; el derecho natural de proponer sus descargos se viola cuando las autoridades niegan la práctica de las pruebas o la eluden por medios más o menos artificiosos.

En este proceso se ha incurrido en algunas irregularidades que dan derecho al procesado, y también al ministerio público, a quejarse, como lo han hecho, aquél por medio de su abogado y éste por la autorizada voz del señor Procurador General de la Nación, de que el procedimiento no se ha llevado de acuerdo con las normas que garantizan la estricta observancia de aquellos principios tutelares del derecho de defensa.

Esta Sala de la Corte tiene que llamar especialmente la atención hacia estos puntos:

El procesado ha recusado a sus jueces, pues tachó la diligencia de sorteo de vocales del Consejo de Guerra y, según los reparos que hizo al respecto, sus jueces podrían haber sido otros distintos de los que actuaron como vocales del Consejo de Guerra, ya que al tiempo del sorteo se excluyó a algunos de los que debían prestar el servicio; y porque insistentemente ha dicho el procesado que el señor Comandante que actuó como juez sustanciador de la causa y como presidente del Consejo de Guerra no es imparcial, fué-

ra de que su graduación militar de coronel no lo autorizaba para efectuar el sorteo de vocales del Consejo de Guerra.

Se hace expresa mención de las irregularidades que aquejan el proceso, con el objeto de que al reponer o reptir su tramitación, como habrá de hacerse en fuerza de lo que ordena la Corte en la presente providencia, no se vuelva a incurrir en aquéllas.

Como son varias las diligencias que las partes alegan, esta Sala concreta el punto así:

Por auto fechado el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, el juez sustanciador y Comandante de la Brigada revocó el auto que había ordenado tener como defensor al doctor Pablo A. Rosas, y dispuso que el procesado designara un defensor militar: es claro que desde ese momento quedó insubsistente el nombramiento hecho a favor del doctor Rosas (folio 108 del cuaderno principal); ese mismo día se le notificó el auto al procesado, quién designó defensor militar al Teniente Coronel Tobías López.

Por auto fechado el primero de octubre se señaló día para efectuar la reunión del Consejo de Guerra y se ordenó hacer el sorteo de vocales para integrar dicho consejo; y en el mismo auto se dispuso notificarlo al procesado y a su defensor.

El sotero de vocales se efectuó el primero de octubre, es decir, el mismo día en que se dictó el auto, y se efectuó sin notificar al procesado ni a su defensor. Algo más: sin que en esos momentos el procesado tuviese defensor, puesto que el Comando había prácticamente declarado insubsistente el nombramiento hecho por el procesado en el doctor Pablo A. Rosas, y puesto que el nuevo defensor militar no se había posesionado de su cargo.

Esta última diligencia apenas vino a surtirse el diez de octubre (f. 171), y ese día fue cuando se le notificaron al defensor unas cuantas providencias o autos del juicio, entre otros, el de primero de octubre, que ordenaba hacer el sorteo de vocales para el Consejo de Guerra y señalaba fecha para la reunión del mismo Consejo. Tal notificación fue tardía, puesto que el auto notificado ya se había cumplido en parte y la demora en notificarlo equivale, como lo alega el señor Procurador General, a no haber hecho la notificación.

El artículo 111 de la ley 84 de 1931 dice que da lugar a recurso de nulidad en estos juicios:

"... 3ª—No haberse notificado al reo el auto en que se señala día para la decisión de la causa".

En vista de las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo con 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 este proceso seguido contra el Capitán Marco Cerra Fortuz, desde la diligencia de sorteo de vocales (f. 111), inclusive, en adelante, y ordena que se reponga el procedimiento con observancia de todas las disposiciones legales que garantizan el derecho de defensa, principalmente las que se refieren a sorteo, impedimentos y recusaciones de los jueces y a producción de pruebas que pida el procesado.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Nalo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO

CASACION INTERPUESTA POR EL FISCAL DEL TRIBUNAL

Cuando el señor Procurador General de la Nación se abstiene de patrocinarlo y, antes bien, es adverso a que prospere el recurso, ello equivale a un desistimiento hecho por la parte recurrente, o debe tener los efectos de un desistimiento.

PRUEBA DE LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

El Tribunal sentenciador es soberano para estimar probados o no los hechos que invoca como circunstancias de agravación. A la Corte de casación no le incumbe revisar tal apreciación de pruebas; pero sí le corresponde decidir si los hechos estimados por el Tribunal como agravantes tienen o no esa calidad legal.

LA RIÑA PROVOCADA POR EL REO

Cuando el jurado declara que existe esta circunstancia, ella refuerza la presunción de premeditación, por mandato del artículo 585 del código penal, siempre que el auto de proceder haya hecho expresa alusión al carácter de premeditado del homicidio.

LA INDEFENSION DE LA VICTIMA, lejos de ser incompatible con la provocación a riña por parte del matador, suele coexistir con ésta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, tres de abril de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Tanto el procesado Tomás Becerra como el señor Fiscal del Tribunal de San Gil han recurrido en casación contra la sentencia dictada el quince de febrero de mil novecientos treinta y cinco, que confirmó la de primera instancia. El procesado se propone obtener la infirmación del fallo recurrido, a fin de que la pena que le toque purgar no sea la de nueve años que le impusieron el Juzgado y el Tribunal, sino la de seis años: e invoca para ello las causales 1ª y 3ª de casación.

El señor Fiscal recurrente trae el asunto a casación por los motivos que expresa así en el escrito por medio del cual interpuso el recurso:

"La criminalidad reinante en esta sección del país, el número alarmante de delitos de sangre que se cometen, y que veréis en las estadísticas que contendrá el informe que actualmente elaboro para el señor Procurador General de la Nación, imponen a los Agentes del Ministerio Público apelar a los últimos recursos en busca de un remedio para la lenidad reconocida de Jurados, Jueces y Magistrados. Y esa lenidad, que es un dogma a todo lo largo y a todo lo ancho del territorio del Distrito, especialmente de los Jurados de calificación, ha generado el tipo aquel de delincuencia que ya conocéis, y del cual os hablé sobre hechos a la vista y cumplidos en otra ocasión: 'Mato, porque mi primo mata y no le pasa nada'.

Voy a la Corte en busca de interpretación de la ley más acorde con la idiosincrasia de nuestro pueblo y con las necesidades sociales del momento que vivimos. Por eso, interpongo el recurso que seguramente me concederéis ahora sí, como que tengo derecho a ello".

Siguiendo el mismo orden adoptado por el señor Procurador General de la Nación, procede la Sala a estudiar lo relativo al recurso interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal para examinar luégo el que propuso el procesado.

Recurso del señor Fiscal

Sobre él dice la Procuraduría lo siguiente:

"Pasando por alto lo de la reproducción, que no es el medio legal para sustentar una demanda de casación, me parece extraño que el señor Fiscal pretenda fundar la causal 3ª, es decir, el error, en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, en consideraciones que tienden a probar que el homicidio de que se trata fue premeditado, para deducir de ello que se incurrió en motivo de nulidad por error en la denominación genérica del delito. Y mi extrañeza depende de lo siguiente:

"La relación de pequeñas escenas, hecha por el recurrente, y anteriores al final del drama que nadie presenció, no sirve en manera alguna para demostrar que Becerra, quien apenas conoció el día del suceso a Tristancho, hubiera madurado y deliberado el propósito de darle muerte, y con ese fin lo

hubiera seguido hasta cumplirlo. Lo más verosímil y lo más humano es pensar, como lo hizo el Tribunal de conciencia, cosa que estimaron acertada los Jueces de derecho, que el homicidio se verificó en riña provocada por el reo. La grave circunstancia de la premeditación no es presumible a la ligera o sin fundamentos legales.

"Cuanto a la nulidad alegada, ella resulta más inaceptable, porque a Becerra se le llamó a juicio por homicidio, teniendo a la vista el precepto clarísimo del artículo 345 de la ley 105 de 1890. De suerte que el error en la denominación genérica del delito no existe. Error habría habido al formular al Jurado un cuestionario distinto al de homicidio simplemente voluntario, considerado en la parte motiva del auto de proceder, porque entonces se habría sorprendido al reo con un cargo del que ya no podía defenderse. Bueno es que el Ministerio Público luche contra la lenidad de las sentencias, pero siempre en el campo del derecho y en el de la verdadera justicia.

"Por lo expuesto, me aparto de la opinión del recurrente".

La Sala tiene en cuenta que cuando el Ministerio Público es recurrente y el señor Procurador General de la Nación, lejos de fundar y apoyar el recurso, lo impugna, ello equivale a un desistimiento, o debe tener los efectos de tal. No pueden desconocerse los sentimientos de justicia y de defensa social que inspiraron al señor Fiscal para recurrir en casación; pero la solicitud del señor Procurador General, contraria al recurso propuesto, no permite que éste pueda prosperar.

Recurso del procesado

Ya se dijo que propone las causales 1ª y 3ª

a)—Causal 3ª: error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.—Alega el procesado: el dictamen pericial dice que el occiso murió a consecuencia de una herida que recibió en la cabeza, herida que mide cincuenta centímetros de longitud por treinta de latitud; y comenta, con toda razón, el recurrente: "es absolutamente inverosímil la existencia de una herida (de estas dimensiones)... por grande que se suponga la cabeza de un hombre".

Como lo sugiere el señor Procurador, el argumento es más bien efectista, pero no resiste el análisis. En efecto, la sola descripción de la herida convence de que ella fue por su naturaleza mortal de las más graves que pueden producirse. Dice la diligencia de levantamiento del cadáver:

"La frente del cadáver descansaba sobre el ala del sombrero, dentro del cual había unos pocos de sesos de la cabeza del cadáver, que había botado a consecuencia de una enorme herida que observamos tenía en el cerebro; también observamos que el saco de vestir estaba chorreando con sesos, lo mismo que el suelo..."

Una fractura del cráneo que desaloja la masa cerebral de la manera como lo fue la de José Tristancho, no permite dudar del cuerpo del delito. Si hubo error al enunciar las dimensiones de la herida, y aún supóngase que al calcularlas, sería un error de expresión en la prueba pericial, pero no en la esencia misma de la prueba. Y la circunstancia de que la sentencia, a pesar del error aparente o formal del dictamen haya sabido atenerse al fondo del mismo, indica que en vez de un error sobre la apreciación de la prueba, hubo una correcta apreciación de ella, tan racional y bien hecha la apreciación que venció la imperfecta expresión del concepto pericial.

No puede, pues, prosperar el recurso por esta causal.

b)—Causal 1ª: ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de ésta o por mala interpretación de la misma.

El procesado recurrente, en su memorial de folios 11 v. del cuaderno del Tribunal, la funda así:

"La delincuencia fue considerada en segundo grado, por estimar existentes las agravantes de indefesión de la víctima, y en haber provocado el incidente el procesado.

"Para que un juez de derecho pueda apreciar existentes una circunstancia agravante, debe aparecer plenamente demostrada, siempre que el hecho que la constituye esté reconocido por la ley como circunstancia agravante.

"Pero ocurre que ninguno de los hechos estimados como agravantes están catalogados por la ley como tales en el art. 117, ni en el 119 del C. P., por ausencia de la perfecta semejanza y de la plena prueba; ni tampoco existe el 'sorprendiendo'... 'indefensa a la víctima' del art. 586 ibídem.

"Desde el momento que la muerte fue en riña (quien acepta una riña, la acepta en todas sus consecuencias) no cabe la consideración de ser sorprendido indefenso al aceptarse, máxime cuando el instrumento del delito fue una cosa que no puede estar oculta a los ojos de él.

"Luego si no existiendo circunstancias agravantes se califica la delincuencia en segundo grado, ha habido mala interpretación e indebida aplicación de la ley penal".

La Sala, al considerar los argumentos del recurrente sobre esta causal, observa:

Ante todo es preciso distinguir, tratándose del recurso de casación, la cuestión de hecho de la cuestión de derecho. La primera, esto es, si están probados o no los hechos calificados de agravantes, no incumbe a la Corte decidirla: es una cuestión general de pruebas y de estudio del proceso, privativa del sentenciador. La segunda, esto es, la de saber si las circunstancias que el Tribunal sentenciador ha estimado agravantes, lo son legalmente o no, sí es materia que debe apreciarse y resolverse en casación.

Sobre calificación de la delincuencia por motivo de circunstancias agravantes, que es la cuestión en que el procesado recurrente funda la causal de indebida aplicación de la ley penal, la sentencia recurrida es muy lacónica. Apenas dice lo siguiente:

"... Como la víctima se encontraba sin armas en un lugar despoblado y el delito se cometió en riña provocada por el procesado, está bien la calificación que se hizo en segundo grado, así como la aplicación de la pena media indicada en el artículo 600 del C. P. y accesorias consiguientes".

El señor Procurador General, para apoyar el recurso del procesado, objeta la calificación de la delincuencia en segundo grado, así:

"Por más bárbaro que haya sido el procedimiento de Tomás Becerra, hay que tener en cuenta la ley para castigarlo; y a mi parecer, es indudable que no existe ninguna de las dos circunstancias agravantes en que se apoya la calificación de la delincuencia en segundo grado. No hubo indefensión, porque el homicidio fue en riña, según lo reconocieron el veredicto y la sentencia, y el hecho de que el reo hubiera sido el provocador del incidente no es en sí constitutivo de circunstancia agravante, sino que caracteriza la clase de infracción de la ley por la cual debía responder el acusado.

"Por lo expuesto, estoy de acuerdo con los fundamentos de esta causal y conceptúo, salvo vuestro mejor parecer, que la sentencia recurrida debe casarse parcialmente, para que se aplique al reo la pena que en rigor legal le corresponde".

Como la sentencia recurrida y la del juez de primera instancia hacen mérito de las dos circunstancias agravantes que el procesado recurrente y el señor Procurador de la Nación objetan, procede la Corte a examinar cada una de ellas.

La riña provocada por el matador.—Al cuestionario propuesto por el juez de si el procesado es responsable de haber dado muerte voluntariamente y con intención de causarla a José Tristancho, respondió el Jurado: "Sí, pero en riña provocada por el reo". Si en el auto de proceder se hubiese deducido contra el procesado el cargo específico de premeditación y, por consiguiente, se hubiese incluído esta modalidad en el cuestionario, la respuesta del Jurado vendría siendo una declaración enfática de premeditación, al tenor de la parte final del artículo 585 del Código Penal, que dice: "La intervención de riña provocada o principiada por el homicida, no se opone y antes justifica la premeditación".

"Error habría habido, dice el señor Procurador General de la Nación, al formular al jurado un cuestionario distinto al de homicidio simplemente voluntario, considerado en la parte motiva del auto de proceder, porque entonces se habría sorprendido al reo con un cargo del que ya no podía defenderse".

Descartada la premeditación, la frase que agregó el Jurado al Sí del veredicto, no modifica éste, puesto que la provocación a riña, por parte del homicida, apenas refuerza la presunción de premeditación, según el precepto legal arriba copiado. Ya expresó esta Sala, en sentencia fechada el veinticuatro de julio del corriente año (causa contra Alcibíades Ramírez) lo siguiente:

"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". (Gaceta Judicial, Nº 1898, pág. 206).

Y, como dice el señor Procurador General de la Nación:

"... el hecho de que el reo hubiera sido el provocador del incidente no es en sí constitutivo de circunstancia agravante, sino que caracteriza la clase de infracción de la ley por la cual debía responder el acusado".

La indefensión de la víctima.—El señor Procurador ha conceptuado, de acuerdo con el recurrente, que la circunstancia de la riña excluye la de indefensión de la víctima. El procesado, por su parte, dice:

"Desde el momento que la muerte fue en riña, quien acepta una riña la acepta en todas sus consecuencias, y no cabe la consideración de ser sorprendido indefenso el aceptante, máxime cuando el instrumento del delito fue una cosa que no pudo estar oculta a los ojos de él".

Observa la Sala sobre este punto: el hecho de mediar una riña puede excluir la circunstancia de indefensión de la víctima cuando el que murió en la riña haya sido el promotor o el provocador de ella. Pero en casos como el de que se trata, y puesto que el sentenciador estimó que fue el homicida

quien provocó la riña, preciso es concluír que, lejos de ser incompatible esta circunstancia con la indefensión de la víctima, es muy verosímil que las dos concurran simultáneamente.

Y el argumento que propone el procesado es inadmisible, porque la persona provocada a riña y que no puede eludirla, puede estar indefensa en cuanto a los medios, bien que trate de hacer esfuerzos por defenderse. El mismo Código Penal prevé casos de homicidio en que se procede contra la víctima "empeñándola en alguna riña o pelea provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de éste" (numeral 1º del art. 587), el del numeral 9º del art. 586 y otros.

¿En el homicidio que es materia del fallo recurrido, aprovechó el homicida la indefensión de la víctima o, al menos, ejecutó el delito a sabiendas de esa circunstancia?

Se repite que no incumbe a la Corte en casación definir puntos de hecho como el que se acaba de enunciar. Respecto de ellos debe remitirse a la apreciación del Tribunal sentenciador; y en el caso de autos es claro que el Tribunal encontró probado el hecho de la indefensión cuando lo adujo como circunstancia agravante para calificar en segundo grado la delincuencia.

Resulta, pues, que el Tribunal apreció erróneamente como agravante una circunstancia, la riña provocada por el homicida; pero apreció bien como agravante otra circunstancia, a saber: la indefensión de la víctima.

No subsistiendo sino una circunstancia agravante, y ésta de carácter objetivo, es excesiva la calificación de la delincuencia en segundo grado, como la hizo el Tribunal, y esto viene a constituír una indebida aplicación de la ley penal.

Pero como al infirmar el fallo en fuerza de la causal primera de casación tiene la Corte que dictar el que deba reemplazarlo, al proferir la nueva sentencia la Corte, que ya en este caso queda investida, como si fuese juez de instancia, del poder discrecional que otorga el art. 124 del Código Penal, considera que es el caso de aumentar al mínimun de la pena, que es el aplicable, una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo.

Por consiguiente, la pena imponible es la de siete años de presidio.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de casación en lo criminal, de acuerdo en parte 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, invalida el fallo recurrido y en su lugar condena a Tomás Becerra a sufrir la pena de siete años de presidio en el establecimiento de castigo que designe el Gobierno, y a las penas accesorias de privación de los derechos políticos y de todo empleo público, de cualquier pensión del Estado, al pago de las costas procesales del juicio. El arma con que se cometió el delito se aplicará al Estado, como multa.

Es entendido que al condenado se le descontará del tiempo de la pena impuesta todo el que haya permanecido en prisión preventiva.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Alberto Mateo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO.—RESPUESTA DEL JURADO SIN MODIFICACION ALGUNA

Ante la respuesta afirmativa del Jurado sobre homicidio voluntario, no puede prosperar la causal 1.a del artículo 3.o de la Ley 118 de 1931, sobre aplicación de disposición distinta de la del artículo 600 del Código Penal.

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.

El Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Pasto, en auto fechado el 19 de abril de 1934, llamó a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Ramón Ruales, por el delito de homicidio de que trata el Libro III, Título I, Capítulo I del Código Penal, en la persona de Manuel Solarte, hecho ocurrido en la población de Sotomayor, el 25 de diciembre de 1933.

Narra el auto de proceder:

"En la noche del 25 de abril (sic) del año pasado, se encontraban en casa de Manuel Solarte, sita en la población de Sotomayor, provincia de Túquerres, las siguientes personas: el dueño, Manuel Solarte; su esposa, Natalia Córdoba de Solarte; las hijas de éstos, entre ellas Rosa Solarte; José Bermúdez y Ramón Ruales. Trataban de negocios, cuando en un momento que fluctúa entre las ocho y diez de la noche, Ruales se apegó al lado de Rosa Solarte y sin ningún motivo aparente, con la mano abierta, le dio un golpe en la cara; Rosa le manifestó 'qué le pasaba'; pero Ruales replicando 'y qué' en forma desafiante, le asestó otro golpe en la misma forma. En este momento intervino Manuel Solarte para que Ruales cesara de ultrajar a su hija, diciendo 'con éste no hay cómo'. Y en el instante en que Ruales se sacaba la ruana en ademán de pelear, Solarte se le acercó; y fue así, unido el uno contra el otro cuando éste cayó al suelo exclamando: 'me mató'.

Las personas que examinaron el cadáver de Manuel Solarte dicen: 'La causa de la muerte ha sido una mortal herida que ha recibido en el bajo del abdomen del lado izquierdo, en dirección transversal y que mide veinticuatro centímetros de largo, cuatro centímetros de ancho y en cuanto a la profundidad decimos que por dicha herida se le ha brotado parte de los intestinos, habiéndose encontrado éstos rotos en dos partes. La herida precisamente opinamos que ha sido causada con arma de filo cortante, o sea navaja...' Sobre estos datos de los examinadores los señores médicos legistas conceptuaron: 'En el concepto pericial afirman los peritos que Manuel Solarte tuvo herido el intestino en dos partes; como esta clase de heridas son mortales en el noventa por ciento de los casos, nosotros conceptuamos: Que la causa de la muerte de Solarte es dicha herida abdominal.

Por medio de los testimonios de José Bermúdez, María Rosa Acosta, Rogería Solarte de una parte; y Natalia Córdoba v. de Solarte y Rosa Solarte de otra, se viene al conocimiento que Ramón Ruales y no otra persona fue la causante de la herida que se deja relacionada, pues momentos antes del choque que tuvo lugar entre los dos, Solarte se hallaba sano. Además, la declaración de María Rosa Acosta, que presenció la salida de Ruales de casa de Solarte portando el instrumento brillante con que acababa de ultimar. Aparentemente, no se ve en parte alguna del proceso la causal que hubiera determinado a Rualos para cometer el homicidio, por el contrario, aparecen comprobadas las relaciones cordiales que lo unían con la familia Solarte, especialmente con la hija del occiso Rosa Solarte".

Confirmado este auto por el Tribunal Superior de Pasto, a donde subió en apelación interpuesta por el encausado y su defensor, y adelantada la causa, el Juzgado condenó a Ruales, en fallo de 27 de octubre de 1934, a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, y calificando la delincuencia en grado tercero.

El cuestionario que le fue sometido al jurado está dividido en tres series, así:

"Serie primera.—El encausado Ramón Ruales es responsable, sí o nó, de haber dado muerte intencional y voluntariamente a Manuel Solarte, por medio de una herida producida con arma cortante, en el bajo abdomen del lado izquierdo, que le interesó los intestinos, hecho ocurrido en la casa de habitación de Manuel Solarte, sita en la población de Sotomayor, provincia de Túquerres, en la noche del 25 de diciembre de 1933?

Serie segunda. — El encausado Ramón Ruales cometió el hecho a que se refiere la pregunta anterior con premeditación?

Serie tercera—El encausado Ramón Ruales cometió el hecho a que se contrae la serie primera con alguna, algunas o parte de las circunstancias siguientes: con alevosía, a traición y sobreseguro previa asechanza, sorprendiendo descuidada e indefensa a la víctima, o empleando actos de ferocidad o crueldad para causarle la muerte?".

El jurado contestó en forma sencillamente afirmativa a la primera cuestión, y a las otras dos negativamente.

La sentencia del juez superior subió al Tribunal de Pasto en consulta, pues contra ella no se interpuso apelación; y el Tribunal la confirmó por medio de la proferida el 7 de diciembre de 1934.

Interpuesto por el defensor de Ruales y concedido que le fue el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, vinieron los autos a la Corte, en donde, cumplida como se halla la tramitación legal, es el caso de resolver, y a ello se procede.

Del alegato dirigido a la Corte por el defensor del reo, se transcribe lo siguiente:

"Estimo que se ha violado la ley penal, y por consiguiente la justicia..... Ahora bien: Si estudiáis las declaraciones tanto del sumario y el plenario, la situación de mi defendido es otra completamente distinta de aquella en que se lo catalogó.

Si bien es verdad que en la noche de los acontecimientos Ruales ofendió de obra a Rosa Solarte siendo ésta su novia o querida, no pasa lo mismo con respecto a Manuel Solarte, y póngase atención en lo que dice la sentencia del señor Juez 2º Superior a folios 82 (infra) 'y se avalanzó contra Ruales. Hubo un ligero choque, cuerpo a cuerpo, luégo un grito de Solarte exclamando 'me mató'.

La sentencia es un análisis meticuloso de todo el proceso; en él se resume la verdad procesal, y si tenemos consideración a esto, debemos convenir palmariamente que antes del acto súbito que le causó la muerte a Solarte hubo, como dice el señor juez sentenciador, un choque cuerpo a cuerpo, es decir, una riña.

Los jueces de hecho son soberanos en la apreciación de los hechos, pero el juez de derecho debe sujetarse estrictamente a la ley sin exagerarse en ella ni separarse de ella. Si en su sentencia dice que hubo un choque cuerpo a cuerpo, debió prever esa circunstancia importantísima para formular su cuestionario, y hacer constatar en una de las series para que lo resuelvan los jueces de hecho, las circunstancias de aquella riña, para no aplicar, como se ha aplicado, el artículo 600 del C. P. que es de los delitos emotivos de los más graves fuera del asesinato. Si el señor juez sentenciador está explicando con claridad deslumbradora en su sentencia que hubo un choque cuerpo a cuerpo, es decir, una riña, la ley aplicable al caso, para no violar los intereses de la justicia ni sepultar a un hombre en la desesperación de seis años de presidio, es el artículo 602 de la misma obra que habla del homicidio cometido en riña.

Como el proceso está indicando claramente que quien provocó la riña fue el occiso, la pena equitativa que debe aplicarse a Ramón Ruales es la de tres años, puesto que su delincuencia fue calificada en tercer grado.

Probado está que el que provocó a reñir fue el occiso Solarte.

Ruales mantenía relaciones amorosas con la hija mayor de Solarte; estas relaciones amorosas eran admitidas por los padres de ésta. Si entre las personas medianamente educadas unidas entre sí por vínculos de amor o de sensualidad, como pasa entre los que viven ilícitamente, existen diariamente disgustos y riñas, ya sea por motivo de celos o de otras íntimas circunstancias, qué no diremos, señores magistrados, en tratándose de gente oscura, ignorante y campesina?

Tanto obsérvese en la misma vista fiscal a fs. 74 cuando historiando el señor Agente del Ministerio Público los hechos, explica que cuando Ruales estaba disgustado con la Solarte, ésta le preguntó la causa del enojo.

Quitarse la ruana no es una provocación ni un ademán de desafío; el occiso Solarte le propinó incontinenti golpes en la cara a Ruales, golpes de tal naturaleza que lo botaron al suelo, según consta de las declaraciones sumarias. Pregunto: ¿quién fue el provocador?

El artículo 600 del C. P. contempla el caso del homicidio simplemente voluntario, es decir, el acto de un sér racional y libre, que sin mediar motivo alguno de parte de la víctima, sin premeditar el caso ni tener la intención de llegar a un fin, mata a una persona, por eso el máximo de la pena es de doce años con sus accesorias.

Con lógica jurídica, con plena justicia podría catalogarse a Ramón Ruales como un homicida simplemente voluntario? De ninguna manera.

Con vuestro criterio sereno y vuestra sapiencia, observaréis que no es el caso de aplicar a Ruales el artículo 600 del C. P. sino el 602, porque el mismo juez sentenciador ha establecido en su sentencia que antes del acontecimiento luctuoso hubo un

choque cuerpo a cuerpo, es decir, una riña".

De lo expuesto se infiere que la causal que ha querido alegarse es la 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, o sea que la sentencia del Tribunal de Pasto viola la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma, pues el recurrente estima que ha debido aplicarse el artículo 602 en vez del 600 del Código Penal.

Se observa:

Los elementos de prueba que invoca el recurrente y que a su juicio sitúan el delito cometido por Ramón Ruales en alguno de los casos del artículo 602 del Código Penal, fueron materia de la consideración del jurado, cuya respuesta, simplemente afirmativa a los cuestionarios, es inequívoca en el sentido de que el homicidio de que se trata es de la clase del simplemente voluntario que confronta el artículo 600 de ese estatuto.

Así las cosas, ante esta determinación de los jueces de hecho, expresión de la verdad según la ley, el Tribunal no tenía base para aplicar al homicidio de Manuel Solarte disposición distinta de la del artículo 600 del Código Penal; y, por tanto, resulta sin fundamento la causal propuesta.

Tal lo ha resuelto la Corte en ocasiones análogas.

Dice el señor Procurador:

"El artículo 602 no era aplicable, porque sus condiciones no se cumplieron en el acontecimiento que relatan los autos; no hubo riña propiamente dicha, no fue promovida por el que murió, ni provocada por el matador. En cambio el artículo 600 venía de molde, porque el homicidio simplemente voluntario se presentaba de bulto, según la definición del artículo 587 en sus numerales 1º y 6º. Ruales mató seguramente al sentirse agredido por Solarte, aun cuando esa agresión fuera justificada. No se aplicó, pues, indebidamente la ley penal".

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, 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, decide que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia de siete (7) de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en la causa contra Ramón Ruales por homicidio.

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

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO

Oportunidad interposición y sustentación del recurso.

Cuando el recurrente alude a determinadas causales de casación en el memorial que ha servido para interponer el recurso, tratándose de materia penal debe la Corte estudiar y decidir en el fondo acerca del recurso, aun cuando en aquel escrito se hayan trastrocado los números correspondientes a las causales invocadas y a pesar de que la enunciación de éstas no se haya hecho con los términos que la ley emplea.

La casación no se entiende interpuesta sino en lo desfavorable al recurrente.

El Tribunal absolvió al procesado respecto de dos de los cargos sobre los cuales el jurado había proferido veredicto afirmativo; pero no podría infirmarse por tal motivo la sentencia recurrida, porque al dictarse la que debiera reemplazarla (primer inciso del artículo 4.o de la Ley 118 de 1931), tendría la Corte que imponer al procesado una pena mayor que la asignada por el Tribunal en su fallo; y la casación, como todo recurso, no puede entenderse interpuesta sino en lo desfavorable al recurrente.

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado; y error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Ante el veredicto afirmativo del jurado respecto de dos hechos delictuosos, resistencia a la autoridad y heridas a un empleado público, los sentenciadores de instancia debían proferir sentencia condenatoria, a menos de declarar injusto el veredicto. En el presente caso no lo declaran injusto; pero el Tribunal, con razones jurídicas, estimó que no resultaba probado el cuerpo de aquellos dos delitos y optó por absolver al procesado. Si la Corte invalidase el fallo en virtud de la causal 2.a de casación invocada, error en la apreciación del cuerpo del delito, tendría que absolver al procesado de los dos cargos sobre los cuales el Tribunal sentenciador no halló prueba de la existencia del delito: se vería así el anómalo caso de infirmar un fallo para reemplazarlo por otro idéntico. Esto quiere decir que quizá la sentencia sería vulnerable por haberse proferido en desacuerdo con el veredicto del jurado, pero no por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, puesto que cabalmente lo que ocurre es que el Tribunal supo apreciar bien la prueba, aunque no se ajustó a las normas procedimentales sobre ejercicio de sus atribuciones, pues prácticamente se apresuró a dictar un fallo que en el fondo vino a tener cierto carácter de casación. Pero tampoco da mérito para casarlo por este aspecto por no ser desfavorable al procesado.

Nulidad proveniente de error en cuanto a la denominación jurídica del delito.

Tal error consiste en que se llame a juicio y se sentencie por determinado delito cuando la calificación jurídica del hecho deba ser otra. Pero cuando el proceso se adelanta sobre delito no comprobado legalmente, lo que hay no es error en la denominación genérica del delito sino en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Discrepancia entre la parte motiva y la parte resolutiva de la sentencia.

Cuando el Tribunal sentenciador es soberano para decidir sobre la prueba de los hechos, una aplicación de la ley incongruente con la decisión dada acerca de los hechos constituiría indebida aplicación de la ley penal. Pero cuando se trata de juicio por jurado, como en este caso, si no se declara injusto el veredicto, la incongruencia entre la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho no alcanza a ser causal de casación si la ley se ha aplicado de acuerdo con el veredicto del jurado que, en esta clase de juicios, es la verdadera decisión sobre los hechos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo.

Manuel A. Ramírez fue condenado, por sentencia que profirió el Tribunal Superior de Pamplona, con fecha nueve de marzo de mil novecientos treinta y cinco, a la pena de seis años y nueve meses de presidio y a las accesorias correspondientes.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación en escrito que dice así:

"Yo, Manuel A. Ramírez, varón mayor de edad, preso en la cárcel pública de este Circuito, a órdenes del señor Juez Superior de este Distrito Judicial, y por haberme imputado delito de homicidio en la persona de Alfredo Zurek R. y heridas en la persona de Aurelio Castilla, ante ustedes con todo mi debido acatamiento por medio del presente me permito manifestar y pedir lo siguiente:

"Que interpongo recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por ese H. Tribunal y por los delitos ya referidos, cual se me notificó en el pasado mes de marzo último.

"Alego las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª, de las reconocidas por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, a saber:

"a) Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse dictado sobre un veredicto y juicio de nulidad;

"c) Haberse cometido error en la apreciación de la investigación;

"d) Ser violatoria de la ley penal por haberse dictado contra preceptos de ésta.

"Invierto el orden propuesto por ser necesario así, para que la ley tenga su reparo.

"Ruego a los señores magistrados aceptarme esta interposición, para que los señores magistrados de la Corte se den cuenta de tal sentencia, y tenga su reparo por ser fieles representantes de la ley. No dudo que haciéndola en tiempo oportuno se me concederá lo más pronto posible".

Aun cuando la enunciación de las causales en el memorial copiado, no está hecha en los términos que usa la ley, sino con otros que el procesado emplea a su capricho, por cierto que desfigurando los conceptos de la ley; y aun cuando a la Corte no se presentó alegato para fundar el recurso, procede esta Sala a estudiarlo y decidirlo en el fondo, ya que es inequívoca la alusión a las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de las reconocidas por el artículo 3º de la Ley 118 de 1931, y puesto que el señor Procurador General de la Nación entró también a fondo en el estudio del recurso, a pesar de que, en definitiva su concepto es adverso a la invalidación del fallo.

El problema queda planteado así:

El Juzgado Superior de Cúcuta, por auto fechado en veinticinco de mayo de mil novecientos treinta y cuatro, abrió causa criminal contra Manuel A. Ramírez, por cuatro delitos:

1º Resistencia a órdenes de la autoridad;
2º Homicidio en la persona de Alfredo Zurek;
3º Heridas causadas a Aurelio Castilla;
4º Delito contra la persona de un empleado público.

Se adelantó el juicio hasta el punto de reunir el jurado de calificación, al cual se sometieron las cuatro preguntas pertinentes a los cuatro delitos incriminados, homicidio, heridas, delito contra empleado público, y resistencia a órdenes de la autoridad.

El juez, acatando este veredicto, impuso al procesado pena de presidio así: por el homicidio, seis años; por las heridas, tres años; por tratarse de heridas a un agente de policía, seis meses más; y otros seis meses por el delito de resistencia a la autoridad. En total, diez años de presidio.

El Tribunal reformó la sentencia en el sentido de absolver al procesado por los cargos de resistencia a la autoridad y de heridas a empleado público; de aplicar nueve meses, en vez de tres años, de presidio, por el delito de heridas, y de dejar subsistente la pena de seis años de presidio por el homicidio; total, seis años nueve meses de presidio, en vez de los diez años de la misma pena que había impuesto el juez de primera instancia.

La Sala procede a estudiar cada una de las causales propuestas y en orden inverso de aquel en que las enuncia la ley, por aconsejarlo así la lógica del análisis, como en el contexto de este fallo se verá.

a) Causal 5ª—"Ser la sentencia violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que esta cuestión haya sido previamente debatida en las instancias".

Como el proceso no ofrece el menor vestigio de que en las instancias se hubiera debatido sobre injusticia del veredicto, falta una condición indispensable para que el recurso pueda prosperar por esta causal, de suerte que no puede la Corte entrar en el examen de si el veredicto es o no injusto.

b) Causal 4ª—Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado. Tal desacuerdo ocurre en el caso de este proceso, porque el Tribunal absolvió al procesado por dos de los cargos sobre los cuales el jurado profirió veredicto afirmativo o de responsabilidad.

Pero no podría infirmarse por tal motivo la sentencia recurrida, porque al dictarse la que debiera reemplazarla (primer inciso del artículo 4º, Ley 118 de 1931, tendría la Corte que imponer al procesado una pena mayor que la asignada por el Tribunal en su fallo; y la casación, como todo recurso, no puede entenderse interpuesta sino en cuanto a lo desfavorable de la sentencia recurrida. Como en el caso de este recurso quien lo interpuso fue el procesado, prosperaría el recurso para perjuicio suyo si se declarase fundada la causal cuarta de casación.

c) Causal 3ª—Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Para absolver por dos de los cargos al procesado, no obstante el veredicto afirmativo del jurado, razonó el Tribunal sentenciador de la siguiente manera:

"Que Castilla y Eugenio Alvarez desempeñaban la noche de los sucesos el cargo de agentes de policía de Ocaña, es un hecho que corre plenamente acreditado con las copias de los respectivos nombramientos y diligencias de posesión y certificación del Alcalde de Ocaña sobre ejercicio de las funciones consiguientes. Esta sola circunstancia por sí sola no es suficiente a demostrar la existencia de los delitos especiales de resistencia a la autoridad y heridas al empleado público, si de otra parte no consta establecido plenamente que Ramírez, al resistir u oponerse a la orden del agente Alvarez procediera a sabiendas del carácter de empleado público con que obraba éste y

que luégo al disparar y herir al agente Castilla lo hiciera con conocimiento también del cargo que éste desempeñaba, desde luego que, como lo enseña el artículo 2025 del C. J., 'cuando la ley penal exija, como en este caso exige, que un hecho para ser delito se haya ejecutado a sabiendas o con alguna otra circunstancia semejante, fuera de la voluntad o malicia que se presume en la violación de la ley, dicha circunstancia debe aparecer plenamente justificada para que haya cuerpo de delito'. En el caso de autos no aparece justificada tal circunstancia y tampoco suministra el proceso elementos de ninguna especie para apreciar como notorio el carácter público del ofendido Castilla y del agente Alvarez, ya que ni siquiera se sabe si dichos agentes y particularmente el último se encontraban aquella noche vistiendo el uniforme o con las insignias que delataran su condición de policías. Pero no es esto solamente lo que aquí se echa de menos; se ignora si en verdad los mencionados agentes tenían orden para capturar a Ramírez, como lo expusiera Castilla en su declaración, ya que ni siquiera se interrogó sobre el particular al Alcalde de Ocaña, por el contrario, según lo aseverado por los testigos Saab y Gentil, las actividades policivas de los agentes Castilla y Alvarez, obedecieron a la información que éstos recibieron de aquéllos y del occiso Zurek, sobre la presencia de Ramírez en la casa de Las Crucecitas y de la imputación que le hacían de haber quitado unas armas a Sabah y Zurek, lo mismo que de la comisión o perpetración de delitos contra la propiedad. Fue así, pues, como los mencionados agentes, sin orden escrita de autoridad competente y durante las horas de la noche del precitado cuatro de marzo de mil novecientos treinta y dos, allanaron la casa en donde se encontraba el procesado, para, de una vez que allí lo encontraron tranquilo y pacífico, amenazarlo e intimarle prisión poniéndole un revólver sobre el pecho, esto es, con violación manifiesta del artículo 23 de la Constitución Nacional que preceptúa que "nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, sino a virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en las leyes". El procesado tampoco se hallaba en las circunstancias a que alude el artículo 24 del estatuto fundamental de la República y por lo mismo es manifiesto el atropello de que fue víctima por parte de los agentes y de los particulares que en esos momentos cooperaron con aquéllos en semejante arbitrariedad. En tales circunstancias debe el Tribunal declarar que en este proceso no se hallan plenamente establecidos los cuerpos de los delitos referidos, para absolver consecuencialmente al procesado de esos cargos, esto es, los de resistencia a la autoridad y heridas a un empleado público".

La argumentación del Tribunal está inspirada en móviles de justicia. Por desventura la conclusión no resulta ajustada a las normas legales, pues ante un veredicto afirmativo del jurado no es dable a un juez o tribunal de instancia absolver al procesado sino declarar injusto tal veredicto—si fuere el caso—como lo dice el señor Procurador General de la Nación, o anular el procedimiento, si esto es lo pertinente.

Los considerandos que en la parte transcrita de la sentencia recurrida se proponen, revelan que para el Tribunal sentenciador no hay en el proceso prueba del cuerpo del delito de resistencia a la autoridad ni del delito contra empleado público.

Ahora bien: si la Corte infirmase el fallo por tal motivo, esto es, por encontrar fundada la causal 3ª, "ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito", tendría la misma Corte que invalidar el fallo "para absolver al procesado" (artículo 4º, Ley 118 de 1931), de los dos cargos sobre los cuales el Tribunal no halló la prueba de la existencia del delito; pero ocurre la circunstancia de que el Tribunal sentenciador ya absolvió por esos dos cargos al procesado. Así se vería la anómala situación de infirmar el fallo para reemplazarlo por otro en que habría que absolver por los dos delitos no probados, esto es, dictar sentencia en el mismo sentido del fallo infirmado.

Como la sentencia recurrida, en vez de haber incurrido en error acerca de la prueba del cuerpo del delito, supo apreciar debidamente esa prueba, el fallo no es casable, a pesar de que el modo de obrar del Tribunal, que se anticipó a la casación, no hubiera sido ajustado a las normas procedimentales sobre sus atribuciones y sobre el ejercicio de ellas.

Respecto de los delitos de homicidio y heridas, tampoco es casable la sentencia recurrida por error en cuanto a la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, porque aun insinuando ella, como lo hace, que el procesado mató e hirió en defensa de su libertad, concluye que cuando menos hubo exceso o ligereza en aquella defensa.

Cuando la legítima defensa aparece de un modo tan claro en el proceso que no permita duda alguna, el homicidio o las heridas

cometidas en tal caso no constituyen "un hecho criminoso y punible según las leyes" (artículo 1512 del Código de Procedimiento Criminal).

Pero cuando la legitimidad de la defensa no se presenta de modo absolutamente claro, puede el hecho ser punible, al menos con una pena atenuada, como en el caso de exceso en la defensa; y desde que el hecho sea punible, ello está indicando que hay cuerpo de delito.

Cundo no hay prueba del cuerpo del delito no se puede abrir causa criminal. Y tal vez sería aventurado afirmar que en el presente proceso no había ni siquiera mérito para llamar a juicio al sindicado.

Quiere esto decir que siempre fue, por lo menos, dudoso el ejercicio de una legítima defensa en el caso en cuestión y, por consiguiente, no es posible asoverar que ha habido error evidente en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

d) Causal 2ª—"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

En la tramitación del proceso no se encuentra ninguna de aquellas informalidades que producen nulidad del procedimiento.

El Tribunal sentenciador consideró que el proceso no ofrece las pruebas jurídicamente necesarias del delito de resistencia a la autoridad y del delito contra empleado público, pero se acaban de ver los motivos por los cuales tampoco es dable casar la sentencia por la causal 3ª.

El único viso de nulidad que esto pudiera producir sería el contemplado por el numeral 7º del artículo 284, Ley 57 de 1887, que dice: "Haberse incurrido en equivocación relativa a la denominación genérica del delito...".

Según el juicio o concepto del Tribunal sentenciador, de los cuatro delitos por los cuales se llamó a juicio al procesado, hay dos cuya existencia no está probada. Esto no significa que el juzgado a quo haya incurrido en error sobre la denominación genérica del delito sino en error sobre la existencia misma de dos delitos.

Y, por consiguiente, el recurso no podría prosperar en virtud de esta segunda causal, sino más bien de la 3ª, que ya se examinó.

1ª causal: "Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

Respecto de los delitos de homicidio y de heridas, dice la sentencia recurrida:

"Conforme a las pruebas relacionadas y a la declaración del jurado en lo concerniente a los delitos de homicidio en Zurek y heridas en la persona particular de Aurelio Castilla, el procesado resulta responsable de un homicidio simplemente voluntario cometido en las circunstancias a que alude el ordinal 2º del artículo 578 del C. Penal, sancionado con la pena señalada por el artículo 600 ibídem, e igualmente del delito de heridas voluntarias que contempla el artículo 660, perpetrado, según las pruebas vistas, en momentos en que era perseguido por el ofendido y otras personas, esto es, cuando procuraba defender su libertad propia contra quienes de manera injusta e ilegal trataban de quitársela y en que indudablemente hubo por parte del procesado exceso y ligereza para defenderla, por no ser de suma gravedad el mal que le amenazaba, caso este previsto en el artículo 608 y a que se refiere el 660 citado".

No obstante estos considerandos, según los cuales el homicidio y las heridas fueron resultado de un exceso en la defensa propia ejercitada por el procesado, lo que hace que su acto, si no inculpable en absoluto (artículo 591 del C. P.), al menos punible con la pena mitigada que impone el artículo 608 ibídem, no obstante tal premisa, el Tribunal le aplica el artículo 600 del Código, es decir, la pena que corresponde al homicidio simplemente voluntario.

No puede negarse que en este punto hay una contradicción entre la parte motiva y la parte resolutiva de la sentencia.

Si no se tratara en este caso de un juicio por jurado, resultaría claramente la necesidad de casar la sentencia, pues si el Tribunal sentenciador fuese soberano, como de ordinario, para decidir sobre los hechos, la aplicación de la ley incongruente con el fallo sobre los hechos sería, sin duda, una indebida aplicación de la ley penal.

Pero habiendo un veredicto del jurado, al cual debía atenerse el Tribunal mientras no lo declarase injusto o contrario a la evidencia, aquella contraposición entre el modo de apreciar los hechos y la manera de aplicar el derecho, no alcanza a motivar la casación de una sentencia que por este aspecto también resulta imperfecta.

El Tribunal dijo:

"...indudablemente hubo por parte del procesado exceso y ligereza para defenderla (su libertad), por no ser de suma gravedad el mal que la amenazaba, caso éste previsto en el artículo 608 y a que se refiere el 660 citado".

Las citas legales que hace el Tribunal no concuerdan entre sí ni con el resto de la sentencia.

No concuerdan entre sí, porque el artículo 608 habla de exceso en la legítima defensa, en tanto que el 660 trata de heridas ejecutadas no por causa de legítima defensa, sino en circunstancias semejantes a las del homicidio voluntario atenuado.

Y no concuerda con el resto de la sentencia recurrida, porque en el mismo párrafo había dicho el Tribunal:

"Conforme a las pruebas relacionadas y a la declaración del jurado, en lo concerniente a los delitos de homicidio en Zurek y heridas en la persona particular de Aurelio Castilla, el procesado resulta responsable de un homicidio simplemente voluntario cometido en las circunstancias a que alude el ordinal 2º del artículo 578 del C. Penal, sancionado con la pena señalada en el artículo 600 ibídem, e igualmente, del delito de heridas voluntarias que contempla el artículo 660..."

No son compatibles entre sí las dos tesis del Tribunal: la de que apenas hubo exceso en la legítima defensa (que impondría la aplicación del artículo 608); y la de que hubo un homicidio voluntario cometido "por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida"; pues en este último caso la pena imponible no sería la del artículo 608 del Código, que cita el Tribunal, sino la del 600 o, cuando menos, la del 602, caso de que el cuestionario o el veredicto hubiesen explicado la circunstancia modificadora de que el procesado mató en las condiciones contempladas por el numeral 1º del artículo 578.

Puede discutirse sí, estudiando a fondo el proceso y con el criterio jurídico de un juez de derecho, que la pena imponible al procesado por el delito de homicidio era la del artículo 608 del Código; o si las disposiciones aplicables eran más bien las de los artículos 602 y 587 (ordinal 1º).

Ante la pregunta hecha al jurado y el veredicto de éste, que consideraron al procesado responsable de homicidio simplemente voluntario, no cabía aplicar disposición diferente del artículo 600 por lo que hace al delito de homicidio.

En cuanto al de heridas, quizá podría argüirse que la ley se aplicó erróneamente porque si el veredicto no declaró atenuado el delito por alguna de las modalidades de los artículos 604 a 608, la pena imponible no era la del artículo 660.

Pero como de aceptar esta conclusión resultaría una condena más grave para el procesado, tampoco es el caso de infirmar por este motivo la sentencia recurrida.

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, el fallo recurrido.

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.

HOMICIDIO

EJERCICIO DE LA FACULTAD DE AUMENTAR O DISMINUIR HASTA UNA SEXTA PARTE DE LA DIFERENCIA ENTRE EL MAXIMO Y EL MINIMO DE LA PENA SEÑALADA POR LA LEY

El artículo 124 del Código Penal confiere, en forma enfática, al sentenciador de instancia, el "arbitrio" de hacer dicho aumento o disminución, en todos los casos. Los términos de aquella disposición legal indican que se ha querido otorgar al juzgador una facultad soberana al respecto y, por lo mismo, no le es dado a la Corte, como Tribunal de casación, examinar y decidir si el aumento de la pena (sobre la correspondiente a determinada calificación de la delincuencia) está o no bien hecho.

A la Corte no le incumbe ejercer la atribución de aumentar o disminuir hasta una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena imponible, sino en el caso de que al infirmar un fallo, por motivo diferente del aumento hecho en la sentencia recurrida, tenga que proferir el que deba reemplazar a ésta.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Reyes Martínez fue condenado por el señor Juez 2º Superior del Socorro, como responsable de homicidio simplemente voluntario en la persona de Joselín Camacho, a la pena de seis años de presidio.

El Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial, ejercitando el arbitrio que el tercer inciso del artículo 124 del C. P. da "al prudente juicio de los jueces que aplican la pena", respetando la calificación de la delincuencia que el juzgado a quo había hecho en el grado tercero o más benigno, resolvió aumentar al mínimo de la pena, esto es, a los seis años de presidio impuestos por el juzgado, una sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, es decir, un año. De esta suerte quedó en definitiva condenado Reyes Martínez a la pena de siete años.

El procesado interpuso recurso de casación, por escrito, en que propone la causal 1ª En ese mismo escrito la explica y fundamenta con toda claridad, haciendo ver cómo, para imponer el consabido aumento de un año de pena tenía el Tribunal que fundarse en alguna circunstancia de agravación, la cual, en sentir del recurrente, no existe en el presente caso: sobre este particular formula sus argumentaciones acerca de las circunstancias en que el hecho ocurrió y de las pruebas del proceso.

Sostiene, pues, el recurrente que en el caso de la sentencia dictada contra él aplicó mal el Tribunal sentenciador el artículo 124 del Código Penal. El fin práctico que con el recurso se ha pretendido conseguir es el de que en vez de los siete años de reclusión impuestos por el fallo de segunda instancia se aplique la pena de seis años, tal como lo hizo el juzgado de primera instancia.

El señor Procurador General de la Nación, a quien incumbe, por virtud del artículo 6º de la ley 118 de 1931, reforzar los fundamentos de la causal de casación alegada, cuando encontrare que ello sea justo y jurídico, o proponer y fundar otras causales, "cuando encontrare que tal cosa deba hacerse", lejos de coadyuvar el recurso interpuesto por Reyes Martínez, conceptúa "que no está demostrada la causal que se alega y que, por tanto, debe permanecer firme la sentencia del Tribunal".

No se sabe por qué el Tribunal, a pesar de reconocer que la disposición penal aplicable en este caso es el artículo 600 del Código, en vez de imponer pena de presidio impuso la de reclusión.

Pero como el recurso no se propuso por este aspecto de la cuestión, no es el caso de que la Sala entre a estudiarlo oficiosamente.

Además: la pena de presidio es más severa que la de reclusión (artículos 55 y 58 del C. P.); y como el recurso no debe entenderse interpuesto sino en lo desfavorable al recurrente, éste es otro motivo para no avocar por este aspecto el estudio de la causal propuesta.

Como el artículo 124 del Código Penal califica de "arbitrio" la facultad de aumentar en una sexta parte el mínimo imponible (sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo); y como el mismo precepto legal deja la aplicación de tal aumento "en todos estos casos, al prudente juicio de los jueces que aplican la pena, según la mayor o menor gravedad que resulte", estima la Corte que esta atribución incumbe al sentenciador de instancia de manera que pudie-

ra llamarse soberana, pues no de otro modo se explicaría la forma enfática y casi redundante como la ley ha establecido tal potestad.

En efecto: como si no hubiera sido suficientemente explícito, agrega el legislador que el uso de tal arbitrio "en todos estos casos" (esto es, sin exceptuar ninguno) se confía a "los jueces que aplican la pena".

Como a la Corte no le corresponde aplicar penas porque el acusado en el recurso de casación no es, estrictamente, el reo, sino la sentencia recurrida, resulta que a la Corte no le incumbirá ejercer la atribución de aumentar o disminuír la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena imponible sino en el caso de que al infirmar un fallo, por motivo diferente del que en el presente recurso se ha alegado, tenga que proferir el que deba reemplazar la sentencia recurrida.

En tal virtud, 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 infirmar, y no infirma, el fallo recurrido.

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.

HOMICIDIO

Cuando el cuestionario o el veredicto del Jurado declaran cometido el homicidio en alguno de los casos que prevén los ordinales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal, puede el juez considerarlo y calificarlo como uno de los menos graves; pero cuando ni el cuestionario (de acuerdo con el auto de proceder) ni el veredicto colocan el hecho dentro de alguno de aquellos numerales, tampoco puede el sentenciador declarar que existe alguna de las circunstancias modificadoras de que hablan aquellos numerales del artículo 587.

DELITO CONTRA LA PERSONA DE UN EMPLEADO PUBLICO

Son elementos constitutivos de este delito la calidad legal de empleado público por parte de la víctima, y que el delito se haya cometido contra el empleado por causa del ejercicio actual o de un ejercicio anterior al delito, de las funciones oficiales del empleado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, diecinueve de mayo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil interpuso recurso de casación el procesado Eutimio Morales.

Agotada la tramitación ante esta Sala de la Corte, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, quien opina que "debe mantenerse firme la sentencia recurrida", se procede a dictar el fallo correspondiente.

El Tribunal sentenciador, al confirmar la sentencia proferida por el Juzgado a quo (segundo superior de San Gil), condenó a Eutimio Morales a las penas de siete años de presidio por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Julio Vanegas, y de seis meses de presidio, por haberse cometido tal hecho en la persona de un empleado público. Se aplicaron, pues, los artículos 600 y 261 del Código Penal, como lo expresan las sentencias de primera y de segunda instancia.

Invoca el recurrente las causales 1ª y 3ª de casación, y la Corte procede a examinar por separado los fundamentos que puedan tener una y otra en el caso presente.

Causal 1ª—Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación o por mala interpretación de ella.

Alega el recurrente que el juzgado y el Tribunal le impusieron la pena establecida por el artículo 600 del Código para el homicidio simplemente voluntario en que no ocurre modalidad alguna que lo modifique; y que la disposición legal aplicable era la del segundo inciso del artículo 602 del Código Penal, "por ser, dice el recurrente, de-

lito menos grave de los definidos en el ordinal 1º del artículo 587".

Y para apoyar su aserto, agrega:

"Es verdad que el señor Juez de derecho tiene facultad de interpretación; pero esa facultad no lo puede dejar ir hasta el punto de descartar sistemáticamente pruebas no informadas (sic) en el expediente, las cuales tienen su valor y modifican todo el contenido del proceso, cuya resultante debe ser toda la verdad y no un aspecto de la cuestión debatida".

La Sala observa sobre este punto:

En el cuestionario que el juez de la causa sometió al jurado se pregunta si "el acusado Eutimio Morales es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Julio Vanegas ("por medio de las heridas y en las circunstancias de tiempo y lugar que el mismo cuestionario enuncia); y el jurado respondió: "Sí" y no agregó explicación o modificación alguna.

Tal cuestionario está redactado de acuerdo con la manera como se formularon los cargos en el auto de proceder. Y como la contestación del jurado fue sencillamente afirmativa, no le era dado al juez sentenciador calificar el hecho como si ofreciera circunstancias modificadoras del homicidio simplemente voluntario.

Verdad es que al juez de derecho confiere el inciso segundo del artículo 602 del Código Penal la facultad de imponer una pena mitigada en caso de homicidio cuando se trata de los casos "menos graves, entre los definidos en los números 1º, 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sean objeto de disposición especial".

Esto quiere decir que cuando el homicidio esté definido por el cuestionario o por el veredicto como de los comprendidos en alguno de los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587, puede el juez calificarlo como delito menos grave: pero cuando ni el cuestionario (de acuerdo con el auto de proceder) ni el veredicto colocan el hecho dentro de alguno de aquellos numerales, tampoco puede el juez declarar que existe alguna de las circunstancias modificadoras de que hablan aquellos numerales del artículo 587.

No puede, pues, prosperar el recurso por la causal 1ª de casación.

Causal 3ª—Ser la sentencia violatoria de la ley penal por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

La funda así el recurrente:

"En efecto: en el auto de proceder fui llamado a responder del delito de homicidio cometido en la persona de un empleado público y se me dedujo responsabilidad especial por el carácter de que estaba investido el occiso en el momento de la perpetración del hecho. Pero al hacer tal llamamiento no se tuvo en cuenta que Julio Vanegas no fue muerto a causa del ejercicio de sus funciones sino con ocasión de ellas (cosa jurídicamente diferente), toda vez que Vanegas se excedió en el cumplimiento de sus deberes al penetrar a mi casa de habitación cuando ya toda la familia se entregaba al sueño y cuando mi padre, en ejercicio de un derecho civil legítimo, me reprendía por ir a embriagarme a la taberna. La orden que le había dado el señor alcalde de la población de Cite al nombrado Julio Vanegas tan sólo se refería a que hiciera cesar el ruido proveniente de los que estábamos embriagados y que, si era necesario, llevara a los beodos a la cárcel. Así lo establecen claramente las declaraciones del sumario.

"Pero el occiso no se contentó con que le informaran que la calle ya estaba pacífica y que todos nos habíamos ido a dormir, sino que, excediéndose en su autoridad, penetró abusivamente a mi hogar en són de provocación. En el expediente está la declaración del testigo Hipólito Cruz, quien le dijo a Vanegas que se fuera a dormir porque ya todo había terminado.

. . . . . .

"De modo que al estimarse erróneamente los elementos del delito por que fui llamado a juicio, se violó el artículo 24 de la ley 104 de 1922, que establece que los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de la comprobación del cuerpo del delito; y consecuencialmente también se infringió el artículo 1512 del Código Judicial".

El señor Procurador General de la Nación impugna los argumentos alegados para fundar esta causal 3ª, en los apartes de su vista que a continuación se transcriben. Dice así el señor Procurador:

"El Juez lo llamó a juicio por homicidio en la persona de un empleado público, porque de autos apareció comprobado que Julio Vanegas desempeñaba legalmente las funciones de agente de policía municipal en Cite, y que fue en ejercicio de tales funciones y por razón de ellas que se le dio muerte cruel, el diez de abril de 1932. Esas son las pruebas que de tal delito exige el procedimiento criminal.

"Que Vanegas fuera muerto a causa del ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, da lo mismo, porque causa y ocasión son sinónimos cuando se trata del motivo que origine un hecho. Vanegas, en cumplimiento de su deber, de una orden superior,

quiso calmar el escándalo que daban dos hombres ebrios, y uno de éstos, enfurecido, se lanzó sobre él y le dio muerte a machete No es cierto que el policía se hubiera excedido en los términos que pinta el recurrente. No hay tal invasión de domicilio en forma provocadora. Pasó simplemente lo que ocurre en tales casos y que el mismo reo se encarga de referir en su indagatoria, cuando era más fácil que se acercara a la verdad. En poblacioncitas como Cite todos se conocen, si es que no son amigos; de suerte que la entrada del agente de policía Vanegas a la casa de Morales no significaba un atropello; él fue a calmar los ánimos, a hacer cesar el escándalo o vocerío en el tono propio de quien representa la autoridad. Pero la actitud de Morales y su resistencia a guardar silencio, agriaron un tanto las cosas e hicieron que Vanegas moviera en són de amenaza su escopeta. A este extremo lo redujo Morales con estas palabras: "No sea pendejo, no nos siga diciendo que nos lleva a la cárcel y no nos lleva a ninguno". Esto demuestra que Vanegas vacilaba y apenas amenazaba con llevar a la cárcel al borracho, el cual se burlaba de él y lo ponía en ridículo. Y fue un acto de furor injustificado el que llevó a Morales a machetear al representante de la autoridad, que apenas intentó cumplir con su deber; de modo que todo lo argumentado ahora no demuestra que el cuerpo del delito haya sido mal apreciado".

La Corte considera:

1º—En el auto cabeza del proceso dice el alcalde de Cite, que al propio tiempo fue funcionario instructor del sumario:

"Anoche, como a las nueve de la noche, más o menos, fue enviado el Director de Cárcel, Julio Vanegas, por cuenta del suscrito alcalde, a conducir a un beodo para la cárcel, si era el caso, de quien dio cuenta Policarpo Cruz que estaba queriendo pelear. Como a la media hora más o menos se supo que le habían dado muerte a dicho Vanegas, por lo cual el suscrito alcalde...", etc.;

2º—A folios 31 v. y 32 del informativo obran copias del decreto de nombramiento y de la diligencia de posesión de Julio Vanegas como empleado público, así como el certificado de que la noche en que lo mataron no había cesado en el ejercicio de sus funciones oficiales. Dice el decreto:

"Nómbrase director de la cárcel, con carácter de agente de policía al servicio de las oficinas públicas de este municipio, en propiedad y para el período legal en curso, al señor Julio Vanegas".

Y la diligencia de posesión:

"Se presentó en el despacho de la alcaldía el señor Julio Vanegas, con el fin de tomar posesión del empleo de Director de la Cárcel, con carácter de agente de policía al servicio de las oficinas públicas de este municipio..."

3º—Vanegas entró la noche de autos a la casa de Cornelio Morales "con el objeto de imponer orden, dice el señor Procurador General, o por lo menos de hacer que bajaran la voz" en una reyerta o disputa que desde la calle se oía;

4º—Entre Eutimio Morales, hijo del dueño de la casa y Julio Vanegas, director de la cárcel y agente de policía "al servicio de las oficinas públicas", se cruzaron voces, pues Vanegas amenazaba al muchacho Morales con llevarlo a la cárcel si no guardaba silencio, y éste, "enfurecido", dicen los autos, por las intimaciones que Vanegas le hacía y por la reprimenda que recibía de su propio padre, arremtió contra Vanegas con tal coraje, que le causó ocho heridas de machete;

5º—El procesado alega en su favor que Vanegas hizo ademán de dispararle con el rifle que llevaba, y que en ese momento fue cuando dicho procesado lo acometió.

Dice la indagatoria:

"... entonces me tendió la escopeta y se retiró tantico a hacerme fuego, y dijo que se iba a notificar gente para traernos para la cárcel; entonces a yo me entró cólera y le dije que si acaso era macho, que entonces que nos trajera; entonces volvió y me tendió la escopeta de nuevo, y me dijo que qué era lo que quería; y entonces me dijo que me saliera a ver qué era lo que me provocaba, y yo le contesté: a yo no me provoca nada, y le dije: 'si le provoca a usted, estoy a la orden para cualquiera cosa que se le ofrezca'; entonces me dijo que bajara la voz, que nos traía para la cárcel; y yo le dije que no fuera pendejo, que nos seguía diciendo que nos traía para la cárcel, y que no nos traía a ninguno; entonces yo le dije que no molestara, que era mejor que se fuera para su casa, o que notificara gente y nos llevara para la cárcel, que hiciera una de las dos cosas; entonces a yo me entró más furia y Julio dijo que no se venía hasta que aplacaran la voz; y yo le dije: 'si no se nos antoja aplacar la voz, quién nos lo estorba: para eso estamos en nuestra casa; entonces dí yo un paso hacia fuéra de la casa; a lo que me vio que dí el paso hacia fuéra, Julio me dijo: 'si es macho haga a ver qué es lo que quiere hacer conmigo', y montó la escopeta a hacerme el tiro; a lo que yo ví que montó la escopeta, a hacerme el tiro, yo me le boté y le eché mano al cañón de la esco-

peta, y se la ladié para un lado, y a yo me entró más furia y al contado nos agarramos,..."

Los elementos integrantes del delito contra la persona de un empleado público son: la calidad de tál y el haberse cometido el delito contra él por razón de esa calidad, es decir, que el atentado se haya efectuado por causa del ejercicio actual o de un ejercicio anterior al delito, de las funciones oficiales de la víctima.

En caso como el que es materia de la sentencia recurrida podría discutirse si el homicida se dio o no cabal cuenta de que el empleado estaba obrando en su calidad oficial; pero la mayor o menor lucidez con que el agente haya actuado es una cuestión propia del problema de la responsabilidad, y no del cuerpo del delito, que es el punto propuesto para alegar la causal 3ª de casación.

Y si a la Corte le incumbiera analizar cuestiones de hecho tratándose de este recurso, bastaríale, para el proceso que motivó la sentencia recurrida, hacer notar que la indagatoria misma del procesado abunda en detalles demostrativos de que Julio Vanegas insistía en llevar a la cárcel a Eutimio Morales, o por lo menos, en amenazarlo o prevenirlo con que tal cosa haría, y éste lo desafiaba en el sentido de que no sería capaz de cumplir esa determinación.

Tampoco prospera, pues, el recurso en virtud de la causal 3ª

Por lo expuesto, 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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, que impuso a Eutimio Morales la pena de siete años y medio de presidio por el delito de homicidio en la persona de un empleado público.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

Para que pueda considerarse en casación la cuestión referente a la injusticia notoria del veredicto, es preciso que ella haya sido debatida previamente en las instancias del juicio. Si un veredicto contesta SI, sin modificación, no lo es lícito al Juez entrar en apreciaciones de hecho que atenúen la penalidad, salvo el caso de que contenga indicaciones de circunstancias modificativas de la responsabilidad, en que el Juez puede aplicar disposiciones de casos especiales en la categoría de homicidio simplemente voluntario. Proceder en contrario, o sea, el dictar una sentencia basándola en fundamento distinto del veredicto del Jurado, es desvirtuar éste, ponerse en desacuerdo con él y arrogarse el Juez facultades que no le corresponden según la ley.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia del Juez 2º Superior de ese Distrito Judicial, fechada el dos de marzo de mil novecientos treinta y cinco, por providencia de veintinueve de abril del citado año.

La mencionada sentencia definitiva impone, por la confirmación dicha, al reo Fernando Jaime, una condenación de seis años de presidio, más las penas accesorias correspondientes, como autor del delito de homicidio simplemente voluntario cometido en la persona de Abraham Ochoa, el 26 de julio de 1933, en la casa de Cantalicio Benítez, ubicada en el punto de Chone, en la jurisdicción de Chita.

Demandó oportunamente esa sentencia en recurso de casación el reo. Fúele concedido el recurso, y así subieron los autos a la Corte, y como está concluída la tramitación correspondiente, se procede a estudiar la casación, teniendo en cuenta las consideraciones que siguen:

Al Jurado reunido en esta causa sometióle el Juez el siguiente cuestionario:

"El acusado Fernando Jaime, mayor de edad, natural y vecino del municipio de Chita, es voluntaria y criminosamente responsable de haber dado muerte a Abraham Ochoa, de igual vecindad, quien falleció a

consecuencia de la hemorragia consecutiva a una herida causada con arma cortante y punzante en la región lateral del cuello, a tres centímetros por encima de la clavícula izquierda, que perforó el cuerpo tiroides, seccionó la tráquea en su primer cartílago y perforó igualmente la yugular derecha por la dirección que tomó el arma, hecho cometido a eso de las diez de la noche del veintiséis de julio de mil novecientos treinta y tres, en casa de Cantalicio Benítez, ubicada en el punto de Chone, jurisdicción de Chita?"

El Jurado contestó afirmativamente.

Fundado en este veredicto, el Juez dictó la sentencia de primera instancia, que, calificando la delincuencia en tercer grado, condenó a la pena de seis años de presidio a Fernando Jaime, con aplicación del artículo 600 del Código Penal, sentencia que, como se anotó, confirmó luégo el Tribunal Superior.

En la vista correspondiente, el señor Procurador General de la Nación resume la historia del suceso, que ocurrió en un baile en donde se bebía chicha y aguardiente, y en el cual se formó un bochinche ocasionado por vivas a los partidos políticos, vivas que no contestó un muchacho de nombre Pedro Español, hecho que despertó el enojo de varios que quisieron castigar este silencio; Abraham Ochoa intervino en favor del muchacho y quiso desarmar a Fernando Jaime, uno de los camorristas, mas éste se le fue encima y le dio una puñalada en el cuello, que le privó de la vida pocos momentos después.

Refiriéndose el Procurador al fondo mismo del recurso interpuesto, dice que merecería declararse desierto porque la demanda no señala ninguna causal, ni se ciñe a ninguna de las fórmulas legales, pero que, en atención a las alegaciones del reo, procede a verificar si en ella puede fundar algún motivo de casación que pueda ser invocado a favor del reo por el Ministerio Público.

Pero hecho el análisis de esas alegaciones, análisis hecho en virtud de la facultad que concede al Procurador el artículo 6º de la ley 118 de 1931, concluyó este funcionario conceptuando que el fallo del Tribunal debe mantenerse firme.

La conclusión del Procurador la acoge la Corte por las siguientes razones:

1ª—Porque efectivamente, en el memorial en que se interpuso el recurso no se señala causal alguna. Dícese únicamente que el recurso es el consignado en los artículos 381 y 366 de la ley 105 de 1890. Y estas disposiciones se refieren al recurso de casación civil.

2ª—Porque en alegato posterior se habla de injusticia notoria. Cierto que esta causal es la 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931. Pero para que ella prospere es preciso que la cuestión de la injusticia notoria del veredicto haya sido debatida previamente en las instancias.

No consta en los autos que así hubiese acontecido. Por lo tanto no puede prosperar esta causal.

3ª—Porque aunque en el memorial primero del reo, y en el segundo, se dice que la intervención del mismo reo fue para defender a su hermano Jesús y entonces Abraham Ochoa le causó una herida por lo cual Fernando Jaime procedió contra el mismo Ochoa con el puñal que tenía y le hirió, este antecedente, ni está probado en los autos, ni lo apreció el Jurado como circunstancia modificativa de la responsabilidad o explicativa del hecho, ya que su respuesta contiene un sí neto y no agregó en ella ninguna expresión, como pudo hacerlo, en virtud de lo estatuido por el artículo 48 de la ley 169 de 1896, que permitiese luégo al Juez dictar la resolución correspondiente, de acuerdo con esa contestación modificada.

De allí que la apreciación del homicidio como simplemente voluntario hecha por el Jurado y la aplicación del artículo 600 del Código Penal sea correcta, pues no aparece provocación a riña, por parte del occiso, declarada en el veredicto.

La apreciación de circunstancias, como la anotada, para la aplicación de la ley a los casos especiales de homicidio voluntario contemplados en los artículos 602, 604 y los demás de disposición especial de esta modalidad de homicidio, sólo puede hacerla el Juez, cuando el Jurado, en su veredicto, contenga elementos que puedan servir para aplicar disposiciones de atenuación de la ley penal. Esta tesis está de acuerdo con el artículo 236 de la ley 57 de 1887, que determina que la calificación de los hechos delictuosos corresponde al Jurado y la aplicación al Juez de derecho. Si un veredicto contesta sí, sin modificación, no es lícito al Juez entrar a apreciaciones de hecho que atenúen la penalidad. Esta misma regla la consagra el artículo 324 de la misma ley antecitada, pues refiriéndose a la sentencia, dice que, resueltas las cuestiones, (las propuestas del Jurado), si el veredicto fuere absolutorio, el Juez declarará terminado el proceso. "En caso contrario pronunciará sentencia condenatoria dentro de tres días, a más tardar, determinando el grado del delito, si fuere el caso y aplicando las penas correspondien-

tes, con arreglo a las leyes y a las resoluciones del Jurado". Es, pues, la resolución del Jurado la base para la aplicación de la ley penal. Si aquélla es escueta, no cabe matiz de atenuación en el caso, que debe castigarse con la disposición general. Si el veredicto contiene indicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad, entonces el Juez debe aplicar o puede aplicar disposiciones de casos especiales en la categoría de homicidio simplemente voluntario. Proceder en contrario, o sea dictar una sentencia basándola en fundamento distinto del veredicto del Jurado, es desvirtuar éste, ponerse en desacuerdo con él y arrogarse el Juez facultades que no le corresponden, según la ley.

Háse hecho esta disertación, porque pudiera pensarse que las alegaciones del recurrente sobre la causal de injusticia notoria pudieran también, dado lo impreciso de tales alegaciones y la ignorancia del reo, incidir sobre la causal primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea la de indebida aplicación de la ley penal. Pero tál no ocurre, y por lo tanto no es casable la sentencia ni en esta hipótesis.

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 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, de veintinueve de abril de mil novecientos treinta y cinco, por la cual condenó a Fernando Jaime a seis años de presidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Mala Baños, Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA

La caducidad no puede declararse en los juicios ejecutivos; pero la cesación en la persecución del ejecutado por más de tres años produce el efecto de que la interrupción de la prescripción se tenga por fallida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto fechado el 27 de marzo de 1914, libró orden de pago, ejecutivamente, contra los señores Arturo Matiz R. y Eduardo A. Rueda, por la suma de $ 312.31, provenientes de un alcance líquido y definitivo que se le dedujo al primero en su calidad de Agente de las Rentas Reorganizadas.

Por memorial de 20 de mayo último, el señor Matiz R., presentó las siguientes excepciones: "error de cuenta"; "todo hecho que extinga la obligación y se pruebe en el incidente", y "prescripción de la acción ejecutiva", apoyada ésta en los artículos 2517 y 2536 del Código Civil.

Respecto de las dos primeras la Corte acoge este concepto del señor Procurador:

"Error de cuenta".—Dice el excepcionante: "Esta tiene por base el no haberse computado erogaciones hechas de orden de funcionario competente, por extravío de comprobantes que no pudieron obtenerse nuevamente".

"Esta excepción no aparece en forma alguna comprobada, ni aun se pretendió establecer".

"Hechos varios".—Dice el señor Matiz que propone como excepción: "Todo hecho en virtud del cual se haya extinguido la obligación y que se pruebe durante la secuela de este incidente".

"Pero como ningún hecho se ha comprobado en la secuela del incidente, ha de concluírse que tampoco por este aspecto aparecen establecidas las excepciones".

El excepcionante concretó todo su esfuerzo a la prescripción de la acción ejecutiva, fundándose en que el juicio estuvo abandonado desde el 26 de febrero de 1915 hasta el 12 de marzo de 1934, sin que se hubiera hecho en ese lapso diligencia alguna. Durante la dilación probatoria pidió se tuviera como prueba "la fecha de 26 de febrero de 1915, en que se notificó una providencia por medio de edicto, y la fecha 12 de marzo de 1934, en que por telégrafo se pidieron datos al alcalde de Simijaca relativos a bienes de la parte ejecutada". A este respecto dice el señor Procurador:

"Estimo que el abandono en los juicios en que el demandante es el Estado, no es causal de caducidad, ni de extinción de la acción, como lo dice expresamente el inciso 6º del art. 364 del C. J. Por tal motivo considero que dicho abandono tampoco puede implicar la prescripción de la acción, pues ésta equivale a extinción de la acción, que de acuerdo con los incisos 5º y 6º del mencionado artículo, no se aplica en los juicios en que haya abandono cuando el demandante es el Estado.

"El precepto del artículo 364 del actual C. J. se hallaba en principio contenido en el artículo 54 de la ley 105 de 1890".

Para decidir el asunto, corresponde analizar si la prescripción de la acción ejecutiva no se interrumpió por la demanda ejecutiva propuesta por la Nación, en virtud de haber cesado ésta en la persecución del deudor por un lapso de más de diez y nueve años, o sea, desde el 26 de febrero de 1915 hasta el 12 de marzo de 1934.

De conformidad con el inciso tercero del artículo 2539 del Código Civil, la prescripción extintiva de la acción "se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524", entre los cuales está el segundo, que dice: "2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años".

El artículo 364 del Código Judicial trata del abandono de los juicios por parte del actor, el cual ocurre cuando éste no hace gestión alguna por escrito para impulsar el juicio durante un año. Este abandono da lugar a la caducidad de la instancia, caducidad de que trata ese artículo. La caducidad viene a ser una sanción contra el litigante descuidado, pero ella no puede declararse en los

juicios ejecutivos abandonados, según el inciso 8º de la misma disposición; además, no puede tener lugar en toda clase de juicios cuando el demandante es el Estado, al tenor del inciso 8º de la misma.

Por ser este juicio ejecutivo, y por ser demandante el Estado, concurren las dos circunstancias de excepción anotadas, que impedían la declaración de su caducidad.

Pero si la perención o fenecimiento de la instancia por el apartamiento de la acción por un lapso de más de tres años no pudo realizarse en este juicio, merced a que no es posible decretarse la caducidad en los ejecutivos, y también por ser el Estado el actor, sin embargo, la cesación de persecución, que es un fenómeno que no puede equipararse a la caducidad, sí es capaz de producir algún efecto que favorezca al ejecutado cuando ella sucede por más de tres años. La frase "si cesó en la persecución por más de tres años" del artículo 2524 no puede referirse a lo que en nuestro derecho es la institución de la caducidad. Lo que elimina la interrupción de la prescripción cuando hay caducidad, es la decretación de ésta a petición de parte cuando ha habido abandono del juicio por parte del actor por más de un año, y lo que borra esa interrupción, en los términos del artículo 2524, es la cesación de la persecución por el lapso expresado. La caducidad puede pedirse que se declare al cumplirse un año de abandono en los juicios en que ella es posible; pero cuando ella no tiene cabida, el abandono o cesación en la persecución por el tiempo de que habla dicho artículo produce el mismo efecto de tenerse como fallida la interrupción de la prescripción, aunque en los juicios en que ello ocurre no sea posible la declaración de la caducidad.

La cesación de persecución en el lapso mencionado en el artículo 2524 produce el efecto de que la interrupción de la prescripción se tenga por fallida.

Aun aceptando, en gracia de discusión, que en este pleito se hubiera interrumpido la prescripción de la acción desde el mandamiento ejecutivo y durante los tres años posteriores al 26 de febrero de 1915, dicha interrupción habría fallido para lo futuro, por el abandono de tres años en la persecución, a contar de esta última fecha.

Sobre este mismo supuesto, el presente caso, en que la Nación cesó en la persecución por más de tres años, en la forma que queda expresado, y en que transturrió un lapso suficiente para la prescripción de la acción ejecutiva, de conformidad con la ley, contado desde la fecha en que se cumplieron los tres años de abandono, debe equipararse a aquellos en que no se estableció la acción en los diez años subsiguientes contados desde el día en que ella se hizo exigible.

Si por el hecho de establecer la demanda ejecutiva, aunque el actor cesara indefinidamente en la persecución, continuara interrumpida, también de modo indefinido, la prescripción, se vulneraría en sus bases esta institución, que no podría ya cumplirse, así fuera que pasara muchísimo tiempo, pues el Estado podría abandonar el juicio por años y años, y moverlo al fin, amparado por esa interrupción de la prescripción. En tales circunstancias, se desconocería el fundamento jurídico y racional de la prescripción extintiva, que es una institución de necesidad social, indispensable para la estabilidad y seguridad del derecho, y por la que se les pone término a las acciones y se liquida el pasado.

La interrupción de la prescripción por la instancia judicial dice relación al tiempo transcurrido en el pretérito y continúa hasta que el juicio fenezca; pero si éste no puede terminar porque, abandonado, no es posible declararse su caducidad, no quiere decir ello que la interrupción se prolongue en el futuro, durante todo el curso, por indefinido y largo que sea, del juicio, cuando el actor ha cesado por más de tres años en la persecución del deudor.

Sobre el supuesto anotado, de que la Nación interrumpe la prescripción aunque abandone el juicio (suposición apenas admitida como una concesión), transcurrido el lapso de abandono de que habla el artículo 2524, continuaría corriendo la prescripción.

En la misma hipótesis supuesta para mayor amplitud en la dilucidación del caso sometido a la Corte, transcurrido el lapso de abandono, a contar desde el 26 de febrero de 1915, habríase iniciado una nueva etapa de prescripción, que si no se ha interrumpido y ha corrido todo el tiempo indispensable para la prescripción, ésta debe declararse, siempre que se haya aducido y alegado por el ejecutado.

Ahora: de conformidad con el artículo 257 del Código Fiscal, los créditos activos del Estado sólo podían prescribir por el transcurso de treinta años: pero ese artículo fue derogado por la ley 42 de 1923, que entró a regir el 1º de septiembre del mismo año. Por tanto, desde esta fecha, los créditos activos del Estado entraron, para los efectos de la prescripción, en el régimen común, y, en consecuencia, las acciones ejecutivas que tenga esa entidad prescriben por el transcurso de un lapso de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil.

El 1º de septiembre de 1923 había transcurrido un lapso de abandono mayor de tres,

contados desde el 26 de febrero de 1915; y como el ejecutado, en armonía con el artículo 41 de la ley 153 de 1887, se acoge, al invocar la excepción, a la prescripción que establece la nueva ley, puesto que aduce como fundamento de ella el mencionado artículo 2536, que es el del régimen común de prescripción a que están sometidos hoy los créditos del Estado, habiendo transcurrido un lapso de más de diez años desde el establecimiento de este nuevo término para la prescripción de esos créditos, contados desde el 26 de febrero de 1915 hasta el 12 de marzo de 1934, fecha en que puso el juez ejecutor un telegrama preguntando sobre unos bienes del ejecutado, hay que concluír que el crédito que se persigue está prescrito en cuanto a la acción ejecutiva.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte, en desacuerdo con el 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, ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes que haya embargados.

Sin costas.

Estampíllese y publíquese; cópiese y notifíquese. Oportunamente devuélvanse las diligencias. Insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

OPOSICION DE LA NACION A LA ENTREGA DE UN BIEN REMATADO

No obstante la Resolución del Ministerio de Industrias sobre reversión de unos lotes de tierra al Estado, ella no puede producir las consecuencias jurídicas que el representante de la Nación quiere que se le deduzcan, porque los lotes se hallaban en el dominio de particulares desde mucho antes a las adjudicaciones de baldíos hechas por el Estado. El ejecutante rematador de esos terrenos no tenía obligación de llevar al juicio ejecutivo una historia de la propiedad por un tiempo mayor de treinta años, contados para atrás, desde la época en que se adelantó la ejecución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintiocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Con el fin de garantizarse el pago al señor Urbano Rengifo del valor de 120 novillos gordos, Víctor Oliveros se constituyó deudor de aquél por medio de la escritura Nº 133, de fecha 8 de abril de 1920, otorgada en la notaría de Ambalema, y por la suma de ocho mil pesos ($ 8,000) moneda corriente, reconociendo un interés por el plazo y por la mora. Se expresó que la deuda venía del año de 1910, en que Rengifo hizo la venta de los novillos a crédito, y para mejor seguridad del pago, Oliveros constituyó hipoteca a favor de Rengifo sobre varios inmuebles que en la escritura se relacionan, siendo uno de ellos el adquirido por Oliveros como cesionario de José de la Cruz Lozano y José María González, en la partición de los bienes de la sucesión de Simón Perea, y que se dice es un globo de terreno situado a orillas del río Totare, en jurisdición de Venadillo, que hacía parte de la hacienda de "Boluga" y cuyos linderos se expresan allí y se verán más adelante. Como Oliveros no pagó la deuda en la fecha convenida ni varios años después, Rengifo se vio en la necesidad de establecer la correspondiente acción ejecutiva de cobro, y así fue como se dió nacimiento a este pleito. El juicio ejecutivo se llevó hasta el remate de los bienes hipotecados y que durante el juicio fueron embargados, avaluados y dados en depósito, pero al tratar de llevarse a efecto la entrega de los bienes obtenidos por el ejecutante en la licitación, se hizo oposición a ella por parte de la Nación, representada en aquel acto por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, lo que dio motivo para que el Juez que había sido comisionado para llevar a efecto la entrega, suspendiera la diligencia, dejando provisionalmente en depósito, constituído en el señor Fiscal mencionado, el inmueble que fue materia de la oposición, señalado por los siguientes linderos:

"Desde el desemboque de la zanja llamada la "Palimillita," que desemboca en el río

Totare; esta zanja arriba, hasta dar a una cuchilla que sale de la zanja; de la punta de la citada cuchilla, mirando de para arriba, línea recta a la cuchilla montañosa; de ésta arriba hasta su remate, que queda frente al desemboque de la quebrada Cuminá; de aquí, línea recta hasta encontrar el río Totare; este río abajo hasta el desemboque de la zanja llamada la "Palmillita", que cae al río Totare, primer lindero".

La historia de este pleito da cuenta de que varios terceristas se presentaron durante el juicio ejecutivo para obtener la exclusión de algunos lotes de terreno comprendidos dentro de la alinderación general del globo de tierras que se deja alinderado; consta que esos terceristas fundaron su derecho en títulos de adjudicación que, como terrenos baldíos, les había hecho el Estado en su condición de colonos cultivadores, pero todos los terceristas fuern vencidos y no obtuvieron la exclusión o exclusiones que solicitaron, declarando con ello la justicia que el ejecutante tenía mejor derecho que el ejecutado y los referidos terceristas al inmueble o inmuebles discutidos; luégo, al llevarse a cabo la diligencia de entrega del lote principal, que había sido depositado en el juicio ejecutivo, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué formuló oposición para impedir la entrega, alegando que el inmueble que se iba a dar era baldío, y que como tál, lo reclamaba la Nación, a virtud de que así lo había declarado el Ministerio de Industrias al convencerse de que los adjudicatarios no habían cultivado por sí los lotes adjudicados, dentro de los diez años de verificada la adjudicación, para lo cual presentó copia de la resolución número 65, registrada, de 26 de abril de 1934, proferida por el despacho ejecutivo mencionado. Es decir, que el Ministerio declaró cumplida la condición resolutoria bajo la cual se decretaron las adjudicaciones.

Al incidente sobre oposición a la entrega se le dio el trámite legal, y el proceso fue pasado para tal fin al Tribunal Superior de Ibagué, en vista de que estaban de por medio intereses que la Nación alegó en el acto de entrega. La articulación que con ese objeto se tramitó ante aquella corporación, fue resuelta en providencia de fecha 25 de abril del presente año, declarándose que el opositor no ha probado su derecho a retener la cosa en su poder y disponiéndose la definitiva entrega del inmueble discutido al señor Urbano Rengifo, de conformidad con el acta de remate de 15 de marzo de 1934; y se expresó que por tratarse de una oposición de la Nación, no se condenaba a pagar las costas del incidente ni la multa de que trata el artículo 884 del Código de Procedimiento. La providencia referida ha venido en consulta a esta superioridad, a la cual corresponde en definitiva resolver si es admisible o no la oposición hecha por el representante de la Nación. El incidente se ha tramitado de conformidad con la ley, y se han recogido el concepto del señor Procurador General de la Nación y el alegato de parte interesada en que se lleve a efecto la entrega del inmueble.

Prácticamente no hay problema alguno entre particulares, porque el que hubo ya quedó definido al fallarse las demandas de tercería de que antes se hizo mención. El asunto debatido ahora es el propuesto por el representante de la Nación, que alega que el inmueble cuya entrega se ha demandado es baldío y no un bien de propiedad particular, por haber declarado el Ministerio de Industrias que han vuelto al dominio de la Nación unos terrenos que habían sido adjudicados.

De un lado, el ejecutante alega que el bien le pertenece por haberlo adquirido en remate legítimamente verificado contra el ejecutado, quien hubo el inmueble a virtud de tradiciones sucesivas que se remontan al año de 1870; y de otro lado, la Nación sostiene que siendo baldío el inmueble, a esa entidad le pertenece y que por tanto no tiene derecho a la entrega de él el ejecutante.

El Ministerio, al declarar que habían vuelto al poder del Estado los lotes adjudicados, dijo:

"El Ministerio de Industrias, con motivo de algunas diferencias surgidas entre ocupantes o colonos de terrenos situados en la misma región y dentro de los mismos terrenos, por resolución número 94 de 11 de abril en curso, comisionó al Jefe de la sección 8ª del departamento de baldíos para practicar una visita a la región y rendir el informe correspondiente. El comisionado, dice el inciso 2º del artículo 1º de dicha resolución, deberá cerciorarse del carácter que tengan los terrenos aludidos, y si se trata de baldíos adjudicados, levantará la prueba sobre el cumplimiento que los adjudicatarios o sucesores suyos hayan dado a sus obligaciones.

"Pude cerciorarme —dice el comisionado del Ministerio en su informe— por datos de todos los vecinos y aún por declaraciones de algunos de los sucesores de los adjudicatarios, de que dichos adjudicatarios no cumplieron con sus obligaciones en la proporción y tiempo debidos, y así pude comprobarlo con declaraciones de testigos recibidas por el alcalde de Venadillo.

"Tales declaraciones son las de los señores Gregorio y Nicanor Rueda y Heliodoro Rengifo. Todos ellos afirman que hace más de cincuenta años viven en la región de Totare adentro; que todos conocen los terrenos a que se refiere esta resolución, por sus linderos; que tales terrenos están en su totalidad cultivados de cacao, café, caña de azúcar, platanales, maíz, pastos, etc.; que tales cultivos no fueron hechos por los adjudicatarios sino que fueron plantados por colonos que están establecidos en la región desde hace más de cincuenta años, en su mayoría".

Y con estos fundamentos el Ministerio resolvió:

"Declarar que por ministerio de la ley, han vuelto al dominio de la Nación los terrenos baldíos que en los términos y por los linderos expresados en la parte motiva de esta providencia, les fueron adjudicados a los señores Jerónimo Díaz, Florentino Alviz, Juan Zambrano y Emilio Galeano, terrenos que están situados en el municipio de Venadillo, Departamento del Tolima, y son conocidos con los nombres del Purgatorio, Norteveo, La Palmilla y Paujilla", y dispuso cancelar el registro de las adjudicaciones mencionadas.

Concretando el asunto, se tiene: de un lado, el ejecutado presenta un título registrado que dice relación al año de 1870, y de otra parte, la Nación aduce la declaración que ella ha hecho, por medio de sus representantes, de que parte de los terrenos de que se trata han vuelto al dominio del Estado por resolución de las adjudicaciones que en las mismas tierras se habían hecho a particulares.

El Tribunal Superior hizo un estudio comprensivo del problema, y llegó a la conclusión de que, a pesar de la declaración del Ministerio de Industrias, el ejecutado tiene mejor derecho al inmueble discutido y dispone la definitiva entrega a él.

Es oportuno transcribir la parte motiva del fallo del Tribunal en que se sostiene que es errada la base que ha tomado el Ministerio de Industrias para hacer la declaración sobre la condición de baldío que tiene el inmueble discutido con el ejecutante rematador:

"O lo que es lo mismo, el Ministerio de Industrias, al dictar la resolución transcrita casi en su totalidad, parte de la base de que los terrenos adjudicados al señor Urbano Rengifo y a que la misma resolución se refiere, son baldíos. Pero la Sala cree encontrar esa base errada.

"Son baldíos, dice el artículo 44 del Código Fiscal, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, (subraya el Tribunal), y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56".

"De suerte que conforme a la definición, no serán baldíos aquellos terrenos que han tenido un dueño distinto del Estado. Y se puede ser dueño de una cosa, mejor, se puede adquirir el dominio de una cosa por la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la prescripción. Si el demandado ha adquirido por alguno de esos modos, el terreno trabado en la ejecución no será baldío, puesto que tiene dueño. Eso es trivial.

"Y entonces se tiene que el señor Víctor Oliveros adquirió, por sucesión por causa de muerte, de Simón Perea, los terrenos de la litis; y Simón Perea los adquirió, por tradición, en virtud de un contrato de compraventa, de Domingo Torres. Y el título originario de la tradición es mucho anterior a las resoluciones ministeriales que decretaron las adjudicaciones a que hace referencia la del estudio de ahora.

"Véase al respecto lo que dice la sentencia de tercerías excluyentes propuestas en el juicio de oposición:

'Pero es lo cierto que el ejecutante ha exhibido un título más antiguo; y es el número 8 de fecha ocho de agosto de mil ochocientos setenta, registrado el 21 de los mismos mes y año, por el cual Domingo Torres vende a Simón Perea el lote de tierras denominado La Palmillita, delimitado de la misma manera como lo está en la parte primera del punto B. del auto de embargo. Y en el juicio de sucesión de Simón Perea se le adjudicó al ejecutado Víctor Oliveros el globo de tierras atrás determinado. Basta leer la parte pertinente del informe del partidor, para comprender que el inmediato sucesor del causante Perea en el inmueble del pleito fue Oliveros: 'Del estudio del expediente resulta que el señor Simón Perea murió dejando esposa e hijos legítimos, pero que durante el tiempo transcurrido desde su muerte hasta cuando se abrió en ese Juzgado el juicio de sucesión respectivo, dejaron de existir, la esposa, señora Cornelia Martínez, y los hijos, a excepción de Eusebio Perea, quien transfirió, por escritura pública Nº 12, otorgada en la Notaría de Ambalema, el diez y ocho de enero de mil novecientos diez, a los señores José de la Cruz Lozano y José María González, por iguales partes. Todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle por herencia de sus finados padres Simón Perea y Cornelia Martínez, así como los de-

rechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle por la herencia de sus hermanos María, Juana María, Cristóbal, Esteban, Circunsición y Ascención Pereas, hijos legítimos de sus citados padres y que fallecieron últimamente sin dejar sucesión, pues todos murieron célibes y la mayor parte en su menor edad'. Por auto de quince de abril de mil novecientos quince se declaró heredero de Simón a Eusebio Perea y a José de la Cruz Lozano, cesionario del señor Eusebio Perea de los derechos hereditarios que le correspondan o puedan corresponderle en el juicio de sucesión de Simón Perea. Por auto de ese juzgado, de fecha catorce de diciembre de mil novecientos diez y seis fue declarado Víctor Oliveros parte en el juicio de sucesión de Perea, en vez de José de la Cruz Lozano, por haberle comprado a éste todos sus derechos. José María González vendió también a Oliveros todos sus derechos, por instrumento público número 257, otorgado en Tuluá, Departamento del Valle, el 5 de agosto de 1918. De suerte que hoy el único heredero en la sucesión de Perea es Víctor Oliveros, y habiendo él hecho todos los gastos de la sucesión y haciendo él, como interesado que es, los que faltan por hacer, es el caso de adjudicarle los bienes que figuran en el inventario, sin hacer otras liquidaciones'.

"Reza la hijuela en mención:

'Para cubrir al señor Víctor Oliveros lo que le corresponda en la sucesión de Simón Perea, como cesionario de Eusebio Perea, se le adjudican los siguientes bienes: 'Un globo de tierras situado a orillas del río Totare, en jurisdicción del municipio de Venadillo, titulado 'Parte de la hacienda de Boluga' y determinado por los siguientes linderos: Desde el desemboque de la zanja llamada La Palmillita, que desemboca en el río Totare; esta zanja arriba hasta dar a una cuchilla que sale de la zanja; de la punta de la citada cuchilla mirando de para arriba línea recta a un peñón blanco; de éste, siguiendo de para arriba línea recta a la cuchilla montuosa; ésta arriba hasta su remate que queda al frente del desemboque de la quebrada Cumina; de aquí, línea recta hasta encontrar el río Totare; este río abajo hasta el desemboque de la zanja titulada La Palmillita, que cae al río Totare, primer lindero. Un lote de terreno que hacía parte de la comunidad de Boluga, determinado por los siguientes linderos: Desde un mojón de madera que queda a mano derecha del camino nacional que de Venadillo va a Ibagué, línea recta al sur, atravesando dicho camino, a otro mojón de madera; de este punto al occidente, a otro mojón de madera y piedra; de aquí en línea recta, volviendo a atravesar el camino nacional, a un mojón que está cerca a la cerca del potrero de Manuel Leal; de aquí, en la misma dirección de la cerca, quinientos metros, y de este punto, línea recta al primer lindero. Este lote tiene la servidumbre de tránsito del camino nacional y la de acueducto de la acequia que lleva el agua al municipio de Venadillo'.

"Continúa la sentencia:

'De modo que la cadena de títulos de propiedad que obra a favor del ejecutado es completa y sin interrupción alguna. Lo que está corroborado por el (!) señor Registrador de instrumentos públicos del Circuito de Ambalema, fechado el seis de abril de mil novecientos veinticinco, cuando describe los títulos que le dieron la propiedad a Oliveros sobre el lote de la exclusión y cuando afirma: 'No hay constancia en los libros de otras operaciones verificadas con relación a los terrenos aquí demarcados, durante los años de 1894 a 1924, y en este mismo tiempo y sobre los mismos predios sólo consta el gravamen hipotecario de 8 de abril de 1920, que motivó el embargo en referencia (el decretado en esta ejecución); así, estas fincas están libres de cualquier otro gravamen'. Es verdad que hace esas referencias tomando como año inicial el de 1894. Pero ya se vio que el registro de la escritura número 8 se verificó en 1870, y que los títulos de donde los terceristas dicen derivar su derecho tienen como base una adjudicación de terrenos que se creyeron baldíos, mas no ningún contrato de compraventa que diera lugar a la presunción de que entre 1870 y 1893 se hubiera verificado alguna mutación en la posesión legal que Simón Perea había adquirido por el registro de la escritura que le otorgó Domingo Torres. Y los veintitrés años corridos entre 1870 y 1893, no dan a nadie el derecho a la prescripción extraordinaria; que, de otro lado, no aparece reconocida judicialmente, para suponerse que por ese medio se había adquirido el dominio. La posesión de los unos arranca, original, sin ningunos antecedentes, del año de 1893; en tanto que la del otro arranca; con los antecedentes de una compraventa anterior, referidos en la escritura número 8, desde el año de 1870; luego prima esta última sobre la primera, ya que la posesión tiene por objeto un mismo inmueble, y cuando la de Oliveros tiene como fuente diferentes operaciones civiles, en tanto que la de los terceristas la constituye un acto administrativo que lo es la adjudicación.

"El Código Fiscal, en su artículo 47, establece: 'El Estado no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos que adjudica, y

por consiguiente, no está sujeto al saneamiento de la propiedad que transfieren las adjudicaciones... Las inexactitudes contenidas en las peticiones hechas por los interesados, para la adjudicación de baldíos, y las que se contengan en los planos que se levanten, en vista de esas peticiones, sólo perjudican a los peticionarios y a sus causahabientes. La adjudicación en ningún caso perjudica a terceros, y deja a salvo los derechos de los cultivadores o colonos'.

'Los principios contenidos en esta disposición están en armonía con nuestro sistema constitucional, en el que se reconoce el derecho de propiedad con todos sus atributos; los artículos 5º del acto legislativo número 3 de 1910, subrogatorio del 31 de la Carta Fundamental, y 33 de ésta, proclamando están ese derecho. Tales principios garantizan la propiedad privada en tal forma que aunque el Estado, salvo el caso de expropiaciones, ejercite actos con los cuales pudiera menoscabarla, tales actos quedan siempre subordinados a aquélla. De ahí que en cuanto a adjudicaciones de terrenos denominados baldíos por quienes lo solicitan, esa entidad no responde de que en realidad lo sean, puesto que, como en la cuestión que se estudia, puede resultar un título superior al de mero colono, quien sólo adquiere con su título de adjudicación un título precario. Por lo mismo también, de las inexactitudes de los llamados colonos, consignadas en sus peticiones de adjudicación, tampoco responde el Estado.

"Conforme está, asimismo, el artículo 47 del Código Fiscal con los artículos 740 y 752 del C. C. El primero dice: 'La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas...' Requisito indispensable es el de que el dueño, directa o indirectamente, haga la entrega de las cosas que son objeto de la tradición. Y el segundo dice: 'Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada'. Y como el Estado ningún derecho tenía ya sobre el lote en cuestión, porque todos los tenía Perea en agosto de 1870, ninguno podía trasmitirle tampoco a los adjudicatarios supradichos en 1893. Consiguientemente la inscripción de esos títulos de adjudicación en nada afectaba la inscripción ni la propiedad obtenida por ese medio, de la escritura número 8. Los peticionarios sufrieron una equivocación al hacerle al Estado la aseveración inexacta de que los terrenos que cultivaban eran baldíos; ellos y no otros sufrirán las consecuencias de esas inexactitudes, que hemos considerado involuntarias. Definitivamente, pues, tiene mejor derecho el ejecutado sobre el lote que se trata de excluir en diversas porciones, que los terceristas; y hoy el ejecutante, en virtud de la hipoteca consignada en la escritura del crédito, tiene preferente derecho sobre todos los demás que gestionan en este juicio, para que con el globo de tierras embargado se le cubra el valor de su crédito..."

"Con la anterior, que es la argumentación de esta misma sala, al decidir sobre el mérito de las tercerías, queda demostrado palmariamente el preferente derecho que tiene Víctor Oliveros sobre el terreno de la oposición, como en el párrafo copiado inmediatamente antes se dijo".

Para mejor comprensión de lo que se deja expuesto por el Tribunal, conviene aclarar que con bastante posterioridad al título que presentó el ejecutante y que se remonta al año de 1870, es decir, a la venta que le hizo Domingo Torres a Simón Perea, (cuaderno número 3, folios 42 a 44), se hicieron por el Ministerio de Hacienda en los años de 1892 a 1893 adjudicaciones de lotes de terreno a favor de las personas de Florentino Alviz, Juan Zambrano, Jerónimo Díaz y Emilio Galeano, y otra a favor de Isaías Millán en el año de 1914, y todos esos adjudicatarios pidieron las exclusiones de sus lotes respectivos en la demanda de tercería que, como se ha dicho, les fue resuelta desfavorablemente, por haberse considerado superior el título del ejecutado, que es ahora el del ejecutante rematador, y todas las adjudicaciones están comprendidas dentro del lote general de terreno del título del licitador, porque así se reconoció en el acto de la diligencia de entrega que se iba a llevar a cabo y en una diligencia de inspección ocular que figura en los autos (cuaderno Nº 4, f. 13).

El señor Procurador General de la Nación, en su vista, se pronuncia en favor de la tesis sostenida por el Tribunal Superior de Ibagué, no sin dejar de reconocer que "el asunto merece detenido estudio, pues se halla en juego una resolución ministerial vigente y un posible patrimonio del Estado que debe defenderse en cuanto no aparezcan razones concluyentes en contrario".

La Corte se ha dado cuenta de la seriedad del problema que se ha presentado, y ha hecho un estudio general de todo el negocio, en busca de mejores luces para encontrar la solución conveniente.

Advierte que la prueba que tuvo a la vista el Ministerio de Industrias para hacer la declaratoria de nulidad de las adjudicacio-

nes, tiene bastantes deficiencias, no sólo por haber sido creada por la misma entidad que se iba a favorecer con esa prueba, sino porque la prueba testimonial de que se habla, no es bien explícita en cuanto a la expresión de los nombres de los adjudicatarios ni en cuanto al nombre de los colonos, a efecto de formar plena conciencia acerca de que los adjudicatarios no habían cumplido con el deber de cultivar sus terrenos dentro de la oportunidad legal.

Expresa esto la Corte, no con el fin de revisar lo que la Corte no puede ni debe revisar, como es la resolución del Ministerio de Industrias, sino en orden a ilustrar el asunto.

Estudiando más a fondo el negocio, se encuentra que el título que presentó el ejecutante rematador tiene una referencia que llama la atención. En él se expresa (folio 42 v. del cuaderno Nº 3), que el inmueble que vende Domingo Torres a Simón Perea "lo hubo por compra que hizo al señor doctor Lucas Torrijos en la suma de cien pesos de a ocho décimos", hace más de veinticinco años, según consta por escritura pública otorgada en la cabecera del circuito del Guamo, Estado Soberano del Tolima, ante el notario público señor Sixto Guzmán, con fecha 10 de agosto de 1869, número ciento ochenta y cinco.

Y ahondando más la investigación en lo que respecta al origen del inmueble que fue rematado, del año de 1870 para atrás, se encuentra en el cuaderno número 2, folio 2 v., copia de la sentencia proferida por el Juez 1º del Circuito de Ambalema, en el juicio que sobre reivindicación de unos terrenos establecieron José María González y José de la Cruz Lozano contra Juan Zambrano, Domingo Alviz, Emilio Galeano y otros, respecto del globo denominado La Palmillita, terrenos que son los mismos que hoy alega como baldíos la Nación, y en dicha sentencia, al hablar de la historia de la propiedad que reclaman los actores, el señor Juez hace el siguiente estudio respecto de la propiedad de Domingo Torres:

"Trayendo las cosas desde su origen, según lo reza el proceso, vemos que el juez letrado de hacienda de la provincia de Bogotá, ordenó el remate de la hacienda de 'Boruga', perteneciente a la mortuoria de Manuel Torrijos, cuyos hijos menores eran Rita, Mercedes y Félix María. Esa venta se verificó el 16 de enero de mil ochocientos cuarenta y tres (1843). Fue rematador Lucas Torrijos y éste la vendió a Domingo Torres, quien la vendió a Simón Perea. Este vendió la mitad a Silverio Vanegas, reservándose la otra mitad. Vanegas vendió a Alberto Perdomo; éste a Simón Perea, y el hijo de éste a José de la Cruz Lozano y José María González, como se ha visto, sus derechos herenciales de sus finados padres ya enunciados. Tenemos, pues, que Simón Perea compró a Domingo Torres".

Es decir, se hace en el fallo en mención una referencia, si se quiere trascendental, en cuanto al origen que tuvo el inmueble vendido por Domingo Torres, referencia que resulta conforme con la que se hace en el título de éste a Simón Perea cuando se dice que la finca la hubo del doctor Lucas Torrijos; y ahora se sabe que Lucas Torrijos la hubo en remate ordenado por el juez letrado de hacienda de la provincia de Bogotá.

Las demás comprobaciones que obran en los autos para establecer la tradición del inmueble comprado desde el año de 1870 hasta la época actual, están indicando que se ha partido de la base de que se trata de una finca raíz de propiedad particular y no de un bien de la Nación como baldío. El ejecutante trajo al proceso el respectivo certificado del señor registrador de instrumentos públicos en relación con el inmueble hipotecado y después embargado y depositado en el juicio, y fue ya a la postre, y en momentos en que la justicia iba a hacer entrega del inmueble al rematador, cuando se alegó que el inmueble era baldío, basándose en una resolución ministerial.

El ejecutante no tenía obligación de llevar al juicio ejecutivo una historia de la propiedad por un tiempo mayor al de treinta años, contados para atrás desde la época en que se adelantó la ejecución; y su obligación la cumplió con la presentación del certificado respectivo que obra en el cuaderno principal; pero si de prueba se trata, para indagar el origen que tenga la propiedad perseguida en el juicio ejecutivo, la referencia de que da fe el Juez 1º del Circuito de Ambalema es de mucha importancia, y tiene valor en orden al conocimiento de la genealogía de esa propiedad.

De manera que de tiempo atrás, ya va para un siglo, la propiedad que fue perseguida en el juicio ejecutivo tenía caracteres de propiedad particular; y como esas referencias se ven auténticas y no hay motivo para dudar de su exactitud, es justo y legal que dentro de un campo de probanzas naturales se les dé a esas informaciones el valor que legalmente tienen.

Por todo ello estima la Corte que el concepto que se formó el Tribunal Superior de Ibagué al considerar como no baldío el inmueble mencionado, está lo suficientemente robustecido ahora con el conocimiento del

carácter que ha tenido el bien rematado, de propiedad particular, desde el año de 1843.

Está, pues, demostrado en los autos, a juicio de la Corte, que los terrenos a que la demanda de tercería se contrae se hallaban en el patrimonio de particulares desde muchos años antes de la época en que se hicieron las adjudicaciones a que se refiere la Resolución número 65 de 26 de abril de 1934, del Ministerio de Industrias, y en virtud de la cual se declaró la reversión de unos lotes de tierra adjudicados en la misma zona. No pudo, por tanto, la resolución ministerial afectar derechos de dominio sobre tales tierras, fijados en particulares antes del 7 de noviembre de 1892, fecha de la primera de las adjudicaciones a que la resolución del Ministerio se refiere.

El señor Fiscal del Tribunal de Ibagué fundó su oposición a la entrega del inmueble a Urbano Rengifo, en la declaratoria que había hecho el Ministerio de Industrias por medio de la resolución citada. Pero, establecido en el proceso, como lo está, que las tierras en cuestión se hallaban en el dominio de particulares con anterioridad a las adjudicaciones mencionadas en la resolución del Ministerio, no puede esta providencia producir las consecuencia que el representante de la Nación quiere que se le deduzcan. No está, pues, demostrado el fundamento en que el señor Fiscal basó la oposición, y por lo mismo ella no puede prosperar. Debe, por tanto, confirmarse el fallo consultado.

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, confirma la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese, regístrese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Sric. en ppd.

FIANZA EXIGIDA COERCITIVAMENTE EN VIA EJECUTIVA

La Corte ha establecido en varios fallos la doctrina de que para hacer efectivas coercitivamente las 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.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

El Recaudador de Hacienda Nacional de Guadalupe, Departamento del Huila, libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Dimas Trujillo, por la cantidad de cincuenta pesos ($ 50) y a favor de la Nación, como responsable de la fianza de su hijo Manuel Antonio Trujillo, constituída conforme a la siguiente diligencia:

"Al Despacho de la Alcaldía Municipal de Guadalupe, a cinco de enero de mil novecientos treinta y tres, compareció el señor Dimas Trujillo y ante el señor Alcalde y Secretario manifestó que se constituye fiador del conscripto Manuel Antonio Trujillo, bajo la multa de cincuenta pesos garantizando con ella presentarlo cada vez que se le exija, hasta practicado el sorteo correspondiente. El señor Alcalde vista la solvencia del fiador lo aceptó y para que conste se firma. Julio A. Jordán, Manuel A. Trujillo. A ruego de Dimas Trujillo, Juan José Calderón.—Mateo Parra Muñoz, Secretario".

El auto ejecutivo se fundó en el reconocimiento de fecha 14 de agosto de 1935, dictado por el mismo empleado recaudador. El interesado apeló de aquella providencia y el asunto ha subido a la Corte. Hoy se pasa a decidir el recurso en esta Sala, agotada como está la tramitación de la segunda instancia.

El señor Procurador General de la Nación, dio su concepto en los siguientes términos:

"De la lectura de los comprobantes traídos por el ejecutado Dimas Trujillo para sustentar el recurso de apelación que interpuso contra el auto ejecutivo dictado en su contra por el señor Recaudador de Hacienda Nacional de Guadalupe, Departamento del Huila, se desprende que el recu-

rente no fue requerido legalmente para la presentación de su fiado Manuel Antonio Trujillo ante las autoridades del servicio militar obligatorio ni que se haya constituído en mora de cumplir las obligaciones que contrajo en el documento respectivo, el cual, ni siquiera fue reconocido judicialmente.

"Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, este despacho conceptúa que el título que sirve de recaudo a la presente ejecución es deficiente, y que el auto materia de apelación debe revocarse, ordenando la suspensión del juicio y el consiguiente desembargo de los bienes".

El ejecutado alega que no fue notificado para que presentara a su fiado y que el Comando de la 1ª zona en su orden número 9, estableció que para la efectividad de las fianzas deben exigirse por la Alcaldía respectiva las correspondientes boletas de citación para establecer la culpabilidad del fiador. En autos aparece que el señor Trujillo no fue requerido para que presentara a su fiado.

Sobre lo anterior se observa:

La Sala estima jurídica la conclusión del señor Procurador por las razones expresadas en su vista que se ha transcrito. Esta corporación ha establecido en varios fallos la doctrina de que para hacer efectivas coercitivamente las 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.

Por estas razones, se debe revocar el auto apelado por no tener base legal la providencia que sirvió de recaudo ejecutivo.

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 y dispone que se suspenda el juicio y se desembarguen los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Cúmplase el artículo 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO SEGUIDO CON JURISDICCION COACTIVA

Habiéndose otorgado la fianza para responder del manejo futuro de dineros, no tenía por qué comprender los alcances hechos por razón de actuaciones anteriores a su constitución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

Con fecha 10 de noviembre de 1932, la Administración de Hacienda Nacional de Manizales libró orden de pago por la vía ejecutiva en favor del Tesoro Nacional y en contra de Mercedes Vallejo J. y Jesús María Botero Jaramillo, vecinos de Manizales y de Pereira, respectivamente, por la cantidad de $ 2,037.73, por los intereses y las costas.

El auto ejecutivo se fundó en lo siguiente: a) La señorita Mercedes Vallejo J. desempeñaba el empleo de expendedora particular de especies de timbre y papel sellado en la Administración de Hacienda referida, por nombramiento de 3 de octubre de 1925, y garantizó el cumplimiento de sus obligaciones con la fianza del señor Jesús María Botero J., suscrita en documento privado de 6 de octubre del mismo año; b) Con motivo de la reorganización de la Administración de Hacienda, la señorita Vallejo fue nombrada Expendedora segunda, por Resolución Nº 56 de 26 de diciembre de 1929, y para garantizar el manejo de ese empleo que ya tenía distinta denominación, lo hizo por medio de escritura pública Nº 631, de 26 de mayo de 1930, suscrita por el mismo señor Botero ante el Notario primero del Circuito de Pereira, la que quedó registrada el 31 del mismo mes; c) Conforme al acta de arqueo de fecha 26 de junio de 1930, verificada por los empleados comisionados por la Auditoría Seccional de la Contraloría General de la República, la señorita Mercedes Vallejo J. estaba alcanzada por haber malversado de los caudales de la Nación puestos a su cuidado la suma de $ 2,037.73, delito por el cual fue condenada, según consta en las sentencias de primera y segunda instancia, dicta-

das por el Juez cuarto del Circuito y por el Tribunal Superior de Manizales, de fechas 12 de marzo y 27 de mayo de 1931, respectivamente, en las cuales se condenó a la expresada señorita, entre otras penas, a pagar los perjuicios y las costas del juicio.

El auto ejecutivo fue apelado y en providencia de fecha 27 de febrero de 1934, la Corte lo confirmó, por estimar que las razones expuestas como fundamento de la alzada constituían excepciones perentorias que debían oponerse en el término señalado por la ley, sin que pudieran servir de base para la revocación del auto apelado.

El doctor José María Villegas, como apoderado del ejecutado señor Jesús María Botero J., propuso en tiempo oportuno las excepciones de cosa juzgada, cobro de lo no debido, dolo e inexistencia de la obligación. Fundó la primera de estas excepciones en que el Tribunal sólo condenó a la señorita Mercedes Vallejo, fuera de la pena corporal únicamente a pagar la suma de $ 254-01 a favor del Tesoro Nacional y una multa de $ 20 a favor del mismo Tesoro y que estas sumas se convirtieron en arresto en la proporcionalidad legal correspondiente. La segunda excepción la funda en que el alcance deducido a la señorita Vallejo corresponde a una época en que el señor Botero no era fiador de ella. La excepción de dolo la apoya en el hecho de que cuando se firmó la escritura de fianza de 26 de mayo de 1930, ya se había deducido contra la señorita Vallejo un alcance de $ 2.037.73, el cual era conocido por los empleados de la Administración de Hacienda.

Tramitado legalmente el incidente de excepciones, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Estudiado detenidamente el expediente, se llega a la conclusión de que está probada la excepción de inexistencia de la obligación, alegada por el fiador señor Jesús María Botero Jaramillo y de que es jurídica la opinión del señor Procurador General de la Nación, quien dice en su vista de fondo que "no puede afirmarse que de los documentos base del recaudo ejecutivo resulte una obligación clara contra el fiador, ni que constituyan una plena prueba contra él, requisitos esenciales para que pudiera procederse ejecutivamente en su contra. (Artículo 982 del Código Judicial)".

La fianza no podía tener efecto sin la aprobación, de conformidad con el artículo 57 de la Ley 42 de 1923, y tal formalidad sólo quedó cumplida el 20 de junio de 1930, cuando ya se había deducido el alcance de $ 2,037.73 contra la señorita Mercedes Vallejo J. y se había destituído a dicha señorita del cargo, lo cual ocurrió el dos del citado mes de junio, según lo afirma el señor Administrador de Hacienda Nacional de Manizales en certificado que figura al folio 11 vuelto del cuaderno de excepciones. También en las sentencias dictadas contra la señorita Vallejo se hace mención a la circunstancia de que según consta de autos, la destitución de la empleada citada se verificó el día 2 de junio de 1930.

Por otra parte, aparece comprobado que el alcance corresponde al mes de mayo de 1930, que el 31 de ese mes se le practicó a la señorita Vallejo la última visita y que en nota Nº 490 de 25 de junio del año citado, el Administrador de Hacienda le hizo saber que el saldo de $ 2,324.52, correspondiente al mes de mayo, ha debido presentarlo desde el 31 de ese mes. (Cuaderno de excepciones, folio 10).

La escritura de fianza fue registrada el 31 de mayo de 1930, es decir, el día en que se dedujo el alcance contra la señorita Vallejo, y la fianza sólo fue aprobada, como se dijo, el 20 de junio siguiente. Es claro que la fianza que fue otorgada para responder del manejo futuro de los dineros confiados a la empleada mencionada, no tiene por qué comprender los alcances que a ésta se dedujeron por razón de actuaciones anteriores a la constitución legal de la caución. Conforme al artículo 2373 del C. C., la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso.

En el expediente figura el documento privado suscrito por el señor Jesús María Botero Jaramillo, como fiador de la señorita Mercedes Vallejo J., el 6 de octubre de 1925, para posesionarse del cargo de expendedora particular de timbre y papel sellado. Pero de tal documento no puede desprenderse responsabilidad alguna para el Sr. Botero, porque por el desempeño del cargo a que se refería la fianza en él otorgada, no se le dedujo alcance alguno a la Srita. Vallejo. El alcance materia del juicio se dedujo por el ejercicio de otro cargo por nombramiento hecho en Resolución Nº 55 de 26 de diciembre de 1929. Todo esto está aclarado en el expediente con el certificado expedido por el Administrador de Hacienda Nacional de Manizales, a petición de la Sala en auto para mejor proveer, lo mismo que por otras pruebas que es innecesario enumerar. (Cuaderno de pruebas del ejecutado, folio 40 vuelto).

Por estas razones se llega a la conclusión de que está probada la excepción de inexistencia de la obligación del fiador.

Estando probada una de las excepciones propuestas, no es necesario entrar a estudiar las otras.

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 inexistencia de la obligación propuesta por el señor Jesús María Botero Jaramillo, en el juicio ejecutivo que con jurisdicción coactiva le adelanta el señor Administrador de Hacienda Nacional de Manizales, como fiador de la Srita. Mercedes Vallejo J., por la suma de $ 2,037.73 a favor del Tesoro Nacional.

En consecuencia, suspéndase la ejecución y desembárguense los bienes sujetos a la traba ejecutiva.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Las relaciones jurídicas de un empleado con la entidad a la cual sirve, caben dentro del segundo caso contemplado en el inciso primero del artículo 1604 del Código Civil, porque reportan beneficio recíproco a las partes. Por tanto, el empleado es responsable hasta de la culpa leve, conforme a la disposición citada. El fiador, por su parte, también responde hasta de la culpa leve en todas las prestaciones a que fuere obligado, según el artículo 2377 del C. C.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. —Bogotá, octubre veintiséis de mil novecientos treinta y cinco.

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

Los señores Blas Viñas P. y José Jaime propusieron la excepción de inexistencia de la obligación, en el juicio ejecutivo que les adelanta el señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales, como fiadores del señor Ciro A. Téllez. El auto ejecutivo fue apelado por los mismos señores, y la Corte, en providencia de fecha 5 de marzo de este año, lo confirmó por estimarlo legal. Tramitado el incidente de excepciones de acuerdo con las ritualidades procedimentales, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Con fecha 19 de septiembre pasado, el señor Procurador General de la Nación descorrió el traslado del negocio y expresó así su concepto:

"El Ministerio de Correos y Telégrafos, por medio de las resoluciones números 198, de 28 de julio; 286, de 7 de septiembre; 270, de 8 de octubre, y 299, de 11 de noviembre de 1932, declaró responsable al señor Ciro A. Téllez, en su carácter de Administrador de Correos de Magangué, de la pérdida o extravío de varios valores declarados por las sumas de $ 858.53, $ 120.20, $ 38.36 y $ 27.39, respectivamente, y le impuso una multa de veinte pesos ($ 20.00) por las irregularidades anotadas.

Con base en las resoluciones mencionadas y en armonía con los artículos 982 y 1059 del C. J., el Juzgado Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago, por la vía ejecutiva, contra el mencionado señor Téllez, en su carácter de deudor principal, y contra los señores Blas Viñas P. y José Jaimes, en su calidad de fiadores solidarios y mancomunados, por las cantidades de $ 858.53, $ 120.20, $ 38.36 y $ 27.39, y por la suma de $ 20.00, valor de la multa impuesta.

"Los señores Viñas P. y Jaimes propusieron oportunamente la excepción de "Inexistencia de la obligación".

"Como fundamento de la aludida excepción, los ejecutados alegan que en la noche del 8 de junio de 1932 fue saqueada la oficina de correos y telégrafos de Magangué, donde se hallaban los valores, rotas las puertas de ella y sustraídos los valores de que se ha hablado.

"A pesar de que los hechos anteriores aparecen establecidos y son suficientes para eximir al ejecutado señor Téllez de toda responsabilidad criminal en este asunto, no alcanzan a ponerlo a cubierto de la responsabilidad civil.

"Y ello, porque las disposiciones legales sobre responsabilidad de los empleados de manejo son especialmente rigurosas y hacen responsable a tales funcionarios de los

desfalcos y faltas de terceros (art. 40 del Código Postal y Telegráfico.—Art. E. Disposiciones transitorias.—Título II del Libro final del Código Fiscal, y decreto número 85 de 19 de enero de 1927).

"De suerte que las razones alegadas por los ejecutados Viñas P. y Jaimes no llegan hasta eximirlos de la responsabilidad pecuniaria que contrajeron para con la Nación. Ellas podrían serles quizá de provecho en una solicitud de condonación (decreto número 85 citado y ley 94 de 1928).

"Por tanto, conceptúo que la honorable Sala debe declarar no probada la excepción indicada y disponer que continúe la ejecución".

Además de las razones del señor Procurador, que se estiman jurídicas, la Sala llega a la conclusión de que no se puede declarar probada la excepción propuesta por los demandados en este juicio, en su calidad de fiadores del señor Ciro A. Téllez, por los motivos que se expresan a continuación.

La excepción se apoya en que los fiadores del señor Ciro A. Téllez no tienen responsabilidad, por cuanto el deudor no es responsable del caso fortuito y el señor Téllez dejó las puertas de la oficina cerradas y el dinero bien guardado, sin que la circunstancia del asalto pudiera ser prevista por el administrador.

Contra esta manifestación del apoderado de los fiadores, está lo aseverado por el Ministro de Correos y Telégrafos en las resoluciones que dedujeron la responsabilidad civil contra el señor Téllez. En esas providencias se afirma que el señor Téllez no empleó en la custodia de los valores puestos a su cuidado las precauciones y cuidados que las circunstancias y su deber le imponían, con la agravante de que existiendo en la oficina a su cargo una caja de hierro para la guarda de los valores y encomiendas que llegasen a la administración, no hizo uso de caja para mayor seguridad de los valores y demás efectos puestos a su cuidado. En la Resolución Nº 198 de 1932, el señor Ministro citado dice lo siguiente:

"De los datos e informes aportados y que obran en el expediente, que se ha levantado ante esta superioridad, se desprenden varias consideraciones que hacen ante este Ministerio responsable civilmente al Administrador de Correos de Magangué, señor Ciro A. Téllez, de la pérdida o extravío de los valores que esa noche se encontraban a su cuidado en la oficina a su cargo y que no llegaron a sus destinatarios por haberse perdido, como queda anotado, en la noche del ocho de junio. Es un hecho que no admite duda, que el administrador de correos de Magangué no dejó la noche de la pérdida de los valores dentro de la caja de hierro que se encuentra en la oficina para la guarda de los valores, habiéndolos dejado en un escritorio que no prestaba seguridad ninguna; que tampoco acostumbraba tomar todas las precauciones y cuidados necesarios que demostrasen que en la guarda y seguridad de la oficina a su cargo empleaba el mismo cuidado como si se tratara de bienes propios, y por último, que dejó acumular, no obstante pasar anteriormente un correo, varios valores de consideración, y así la pérdida o extravío vino a coincidir precisamente en la noche en que existía una no despreciable cantidad de dinero."

En el expediente del juicio ejecutivo no figuran los antecedentes de las resoluciones que declararon responsable al señor Téllez, ni hay otras pruebas que las copias de tales providencias que fueron pasadas al Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales para el cobro de las sumas respectivas. Los excepcionantes no intentaron siquiera probar en contra de lo afirmado por el Ministerio. Durante el término respectivo concedido por la Corte, no se hizo solicitud alguna de pruebas. No hay, pues, elemento alguno en el expediente que sirva de apoyo a la excepción propuesta.

En el memorial de once de septiembre pasado, el doctor Ernesto Aparicio, apoderado de los excepcionantes señores Blas Viñas P. y José Jaime, dice lo siguiente:

"Ahora bien, como no se ha demostrado ni puede probarse que el señor Téllez hubiera procedido con negligencia, sin poner en seguridad los valores perdidos, es forzoso concluír, en vista de los hechos, que existió caso fortuito y que, según lo dispuesto en los artículos 63 y 1604 del Código Civil, mis mandantes están exentos de la responsabilidad por la pérdida de los valores por cuya cuantía se les ejecuta, ya que el administrador fiado, señor Téllez, no es responsable de esa pérdida".

Sobre esto se observa:

Corresponde al ejecutado dar la prueba de las excepciones que propone, si en el expediente no aparece, porque incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. (Art. 1757 del C. C.). En el presente caso con mayor razón debía comprobar los hechos que fundamentan la excepción de caso fortuito, por los siguientes motivos:

El artículo 1604 del C. C., es de este tenor:

"El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es res-

ponsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio. El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituído en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa. La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito, al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes".

Las relaciones jurídicas de un empleado con la entidad a la cual sirve, caben dentro del segundo caso contemplado en el inciso primero del artículo 1604 del C. C., porque reportan beneficio recíproco a las partes. Por tanto, el empleado es responsable hasta de la culpa leve, conforme a la disposición citada. El fiador, por su parte, también responde hasta de la culpa leve, en todas las prestaciones a que fuere obligado, según el artículo 2377 del C. C.

El artículo 63 del C. C., define la culpa leve, descuido leve, descuido ligero, como "la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios".

Según lo anterior, estaba obligado el señor Téllez a observar diligencia y cuidado para la guarda de los dineros o valores a él confiados, y del incumplimiento de esos deberes era responsable no solamente él, sino también sus fiadores.

La prueba del caso fortuito, le correspondía darla a los que la alegan, según el artículo 1604 del C. C. ya citado; pero puede admitirse esa circunstancia comprobada, en gracia de discusión, por cuanto el Ministerio, en las resoluciones que declararon la responsabilidad del empleado, acepta que ocurrió un robo en las oficinas de la administración de correos de Magangué. Mas la prueba de la diligencia y cuidado en la guarda de los valores, le correspondía darla a los interesados que la alegan, por disposición expresa del inciso tercero del artículo tántas veces citado, y ya se ha visto que esa prueba no fue suministrada, para desvirtuar la aseveración que en contrario hace el Ministerio.

De todo lo anterior se deduce que no está probada la excepción propuesta por el apoderado de los señores José Jaime y Blas Viñas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, 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 propuesta por los señores José Jaime y Blas Viñas P., en el juicio ejecutivo que adelanta contra ellos y en favor de la Nación el señor Juez Segundo Nacional de Ejecuciones Fiscales, como fiadores del señor Ciro A. Téllez, por varias cantidades. En consecuencia, se ordena seguir adelante la ejecución.

Se condena en costas a los excepcionantes.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serra R., Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.



OBJECIONES A UN DICTAMEN PERICIAL

En al juzgador a quien toca, al apreciar el valor probatorio del dictamen, examinar si los juicios o razonamientos deducidos de los testimonios que figuran en los autos, tienen un firme soporte legal, o si las pruebas que para ello tuvieron en cuenta los peritos ofrecen de fuerza suficiente para apoyar la deducción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre diez y nueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En el juicio de los señores Domiciano Quiñones y María Olarte contra la Nación, para que ésta les pague indemnización por la muerte de su hijo Domiciano Quiñones Olarte, el Fiscal 2º del Tribunal Superior de Cundinamarca tachó, por error grave, el dictamen pericial rendido por los doctores Manuel J. Pabón y Luis Vergara Zapata.

El objetante hizo varios reparos a la exposición de los peritos, que se concretan así:

1º—Porque dizque éstos avaluaron los perjuicios sufridos por el muerto, y no los sufridos por los demandantes en el juicio; y también porque lo que han debido tener en cuenta era la capacidad de vida de éstos y no la que hubiera alcanzado el difunto.

2º—Porque asignaron al difunto Quiñones Olarte la condición de maquinista de segunda clase, para determinar el sueldo que hubiera llegado a ganar si no hubiera muerto, deduciendo esto de la circunstancia de que la víctima en cuatro años había escalonado la categoría de maquinista de cuarta clase; todo lo cual hicieron sin tener en cuenta la diferencia que existe entre maquinista de construcción y maquinista de explotación, y no parando la atención a que la época de los ascensos del señor Quiñones Olarte fue anormal, "durante la cual —dice el señor Fiscal— se iniciaron y adelantaron con muy considerable rapidez las obras de construcción de los ferrocarriles, en momentos en que el país carecía de personal preparado para los trabajos, por lo cual se impuso la necesidad de traer técnicos extranjeros que dirigieran o enseñaran a nuestros obreros las prácticas usadas en la construcción de vías férreas en otros países..."

3º—Porque dada la posición social de que Quiñones Olarte gozaba en su tierra natal, es muy pequeña la suma en que se estimaron sus gastos personales.

4º—Porque existiendo —en concepto del Fiscal— error en considerar al muerto como maquinista de segunda clase, lo hay también en señalarle ciento veinte pesos ($ 120.00) mensuales de sueldo, sin que, por otra parte, exista en el expediente dato para computar de este modo tal asignación.

Concretando el señor Fiscal el asunto, formuló así las objeciones al dictamen:

"a)—Que para fijar el monto de la indemnización no debería tenerse en cuenta, como lo hicieron los señores peritos, la probable longevidad del señor Domiciano Quiñones Olarte, sino que ha debido tenerse únicamente como base, la posible vida de sus padres, que son los demandantes en este juicio...

"b)—Que los peritos erradamente computaron los perjuicios fundándose en lo que le quedaba de vida al señor Domiciano Quiñones Olarte, relacionando este elemento con el presente sueldo que le asignaran, una vez deducida la cantidad mínima señalada por ellos para su subsistencia individual, como si el señor Quiñones Olarte, contra toda presunción, fuera a permanecer soltero, y a dar a sus padres durante toda la vida de éstos absolutamente todo lo que le quedara del sueldo, deducción hecha de su estricta subsistencia personal, y

"c)—Que en todo ello hay error grave, pues aquellos conceptos de los peritos van contra la presunción de lo que ocurre invariablemente en la vida: pues el joven se casa; contrae nuevas obligaciones, y la ayuda pecuniaria que prestaba a sus padres sufre la disminución o mengua consiguiente, en forma que en algunos casos viene a ser ninguna".

Para fundamentar más esta objeción, dijo el señor Fiscal que no hay prueba de que el difunto Quiñones ayudara a sus padres con determinada suma, para poder así apreciar los perjuicios de los demandantes.

El Tribunal decidió las objeciones por auto de quince de febrero de este año, declarándolas infundadas. Apelado el auto por el señor Fiscal, vino el negocio a la Corte, donde, finalizado el recurso, se procede a decidir lo que sea del caso.

El señor Procurador pide la revocatoria del auto por considerarlo ilegal, alegando, en primer término, lo sostenido por el señor Fiscal que los peritos avaluaron los perjuicios ocasionados al muerto, en vez de haber avaluado los que sufrieron los demandantes por la muerte de su hijo. Sobre esta objeción y las otras del señor Fiscal, en la pro-

videncia recurrida sentó el Tribunal la siguiente argumentación: Que los peritos no cometieron error grave al apreciar la capacidad productora de Domiciano Quiñones Olarte, porque se ajustaron a los términos de la demanda, en que se pide una indemnización por los perjuicios causados por la muerte de éste, lo que indica que era esta vida, y no la de los demandantes, la que debía tenerse en cuenta; que no erraron al considerar, para el avalúo de los perjuicios, la posible vida de Quiñones Olarte, deducida la cantidad fijada por gastos personales, "sin que les fuera permitido tomar en cuenta hechos inciertos y futuros, cual es el matrimonio que hubiera podido contraer el nombrado Quiñones Olarte, porque los expertos deben apoyarse en la realidad, no en lo contingente"; que no era preciso saber con qué dinero ayudaba Quiñones Olarte a sus padres, sino avaluar el perjuicio causado por la muerte de éste, lo que representa la cuantía de la indemnización, del derecho.

Aunque se diga que se avalúan los perjuicios causados al muerto, se ve de la lectura del dictamen que lo que los peritos avaluaron fue la capacidad productiva del difunto y los perjuicios que su muerte causara. Y en cuanto al hecho de saber si el derecho a los perjuicios radica en aquél y no en los demandantes, es una cuestión de derecho que no debe decidirse ahora.

Arguye, además, el señor Procurador lo siguiente:

"Dice el Tribunal que para la estimación debían partir los peritos del sueldo que hubiere devengado el muerto señor Quiñones Olarte, "sin que les fuera permitido tomar en cuenta hechos inciertos y futuros"; y no obstante ello, agrega el mismo Tribunal a continuación, que los peritos no erraron al apreciar que Quiñones Olarte "podía devengar un sueldo como maquinista de segunda clase y no de cuarta, que era el puesto que tenía cuando falleció". Esto, en mi concepto, sí es tomar en cuenta hechos inciertos, futuros y problemáticos".

Hay que considerar, en primer término, que el Tribunal, cuando dijo que los peritos no podían tener en cuenta hechos inciertos y futuros, fue rebatiendo la objeción del señor Fiscal en la parte en que éste dice que los peritos erraron al partir de la base de que Quiñones Olarte iba a permanecer soltero. Como el cambio de estado es un hecho dependiente de contingencias futuras, los peritos no podían fundarse para su dictamen sino en pruebas existentes en el juicio y de las cuales pudiera deducirse razonablemente dicho cambio.

En segundo lugar, en lo que respecta a la apreciación de los peritos, consistente en estimar que el muerto Quiñones Olarte habría podido escalar la categoría de maquinista de segunda clase, fue una deducción que ellos hicieron, apoyados en dichos de testigos. El criterio empleado en este punto no constituye un error grave.

Además de esto, es al juzgador a quien toca, al apreciar el valor probatorio del dictamen, examinar si los juicios o razonamientos deducidos de los testimonios que figuran en los autos, tienen un firme soporte legal o si las pruebas que para ello tuvieron en cuenta los peritos carecen de fuerza suficiente para apoyar la deducción.

Sostiene también el señor Procurador que se ha debido tener en consideración la suma que el difunto suministrara a sus padres, "pues en el supuesto de que nada les suministraba o pudiera llegar a suministrarles, los perjuicios pecuniarios y materiales que con su muerte hubieran sufrido los actores serían nulos o se reducirían a muy poca cosa", dice.

Esta alegación, que es apoyo de una de las objeciones propuestas por el señor Fiscal, si se aceptara, llevaría a la conclusión de que si el difunto no hubiera dado nada a sus padres, como sucedería en el caso de una persona que comenzando apenas a trabajar, fuera víctima de un accidente que le quitara la vida, no se causarían perjuicios. Se contesta la objeción diciendo que la causa del perjuicio puede no depender únicamente de la ayuda que el muerto hubiera prestado a sus padres, sino también del valor que esa vida tenía en sí misma. Luego al deducir el monto de la indemnización, en la forma que lo hicieron los peritos, no hubo grave error de hecho. Además, para que el poco o ningún suministro hecho por el muerto a sus padres, se hubiera podido tomar en consideración en el dictamen, sería necesario que ello resultara de prueba que obrase en el juicio.

Al apreciar los gastos personales del difunto, dedujeron los peritos una cantidad que el señor Fiscal estima pequeña, porque, según él, no tomaron en consideración los peritos la posición social de que gozaba el muerto en su tierra nativa. Se tiene en cuenta: Aparece comprobado que Quiñones Olarte era un buen hijo que ayudaba con el fruto de su trabajo a sus padres; que su familia ocupa en su tierra muy buena posición social, que es numerosa y carece de bienes de fortuna, y cuenta para su sostenimiento con lo que le suministran dos hijos, que ahora están trabajando. Previas esas consideraciones, no hay error grave en el señala-

miento de la suma que hicieron los peritos como gastos personales del difunto.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

Los hechos ajenos o independientes del título que se hayan creado contemporáneamente a su emisión o con posterioridad a este acto, y que tiendan a desconocer la obligación o a declararla extinguida, constituyen verdaderas excepciones de fondo (Artículo 329 del C. J.), cuyos efectos deben examinarse en el respectivo incidente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.

El señor Jesús M. Sierra D. entabló demanda ejecutiva contra el Departamento de Cundinamarca ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para obtener el reconocimiento a su favor de "la suma líquida de $ 1,257 m. c., que expresa la orden de pago Nº 4072, de fecha 3 de julio de 1934, girada por conducto de la Secretaría de Hacienda a cargo del Cajero principal del Departamento, y por los intereses legales de dicha suma desde que se hizo exigible la obligación hasta que se verifique el pago".

Previamente el señor Sierra pidió y obtuvo el embargo y secuestro preventivo de la suma de $ 2,000 del saldo que el Departamento tiene en el Anglo South American Bank de esta ciudad.

Se presentó como título ejecutivo la orden de pago anteriormente citada, girada por la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca a favor de Jorge Cabrera B., y endosada por el apoderado de éste, doctor Pedro Sanz Mazuera, al prenombrado señor Sierra.

Por auto de fecha 29 de abril del año en curso el Tribunal Superior de Bogotá libró mandamiento ejecutivo contra el Departamento, al tenor de las peticiones del ejecutante. Contra tal providencia interpuso recurso de apelación, como subsidiario del de reposición que le fue negado, el señor Fiscal 2º del Tribunal Superior, y por ello han venido las presentes diligencias a conocimiento de la Corte.

Situado el asunto, es el caso de proferir fallo, y a ello se procede previas las consideraciones legales a que haya lugar.

El Tribunal dijo en el auto que denegó el recurso de reposición pedido por el señor Fiscal:

"Funda su recurso el recurrente en el hecho de que el crédito que se cobra fue embargado en el ejecutivo seguido por María Antonia Martínez contra Jorge Cabrera Bernal por auto de fecha 6 de julio de 1934, dictado por el señor Juez 6º Municipal. El embargo fue comunicado al empleado respectivo del Departamento. No consta que la cesión del crédito de Cabrera Bernal a Jesús M. Sierra se hubiera notificado legalmente al representante del Departamento, antes de la efectividad del embargo.

"Para comprobar el embargo el señor Fiscal aduce unas copias expedidas por el Juez 6º Municipal. Como se ve, la reposición se funda sobre hechos que el demandado debe acreditar legalmente en un término de prueba"... "Al dictar el mandamiento de pago el juzgador examina el título por sus elementos de forma, y si éste reúne las condiciones de ser exigible y demás requisitos le corresponde proferir la orden de pago".

A esto observó el señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado legal:

"El título o recaudo ejecutivo lo constituye la orden de pago Nº 4072, de fecha 3 de julio de 1934, y según lo afirma el Tribunal, de allí resulta una obligación exigible a favor de Sierra y en contra del Departamento. No lo estima así el suscrito. En efecto: el Departamento no aparece en mora de pagar la suma a que se refiere la orden de pago, pues ni en ella se expresó plazo, ni se ha requerido al Departamento, pero ni aun siquiera aparece que se haya presentado el acreedor a la Caja a exigir el pago y que se le hubiera negado. En cuanto a que el ejecutante señor Sierra sea el acreedor, tampoco resulta, pues la orden fue librada a Jorge Cabrera B., sin que aparezca que la cesión se hubiese hecho a Sierra en legal forma, aunque fuera tan sólo por el hecho de que las estampillas adheridas a las cesiones al reverso de la orden

se encuentran sin anular en forma alguna, y de acuerdo con las prescripciones legales el documento que deba estar provisto de estampillas y que no las tuviere o se hallaren mal anuladas, no puede ser tenido como prueba (artículo 17, Ley 20 de 1923); luego las cesiones al ejecutante Sierra no han podido ser estimadas por el Tribunal, y en consecuencia no ha debido librarse orden de pago a su favor. Agréguese que Sierra no puede ser tenido como acreedor del Departamento, pues no aparece que antes de librar el mandamiento se hubiera notificado la pretendida cesión".

No comparte la Corte las alegaciones del señor Procurador por las razones que en seguida se expresan:

Si el Departamento no se hubiera negado a pagar claro es que el señor Sierra no habría intentado la acción ejecutiva; la cual se vio obligado a proseguir cuando tuvo la certidumbre de la renuencia del Departamento. (C. 1ª, f. 3).

La orden de pago Nº 4072, girada por el Secretario de Hacienda de Cundinamarca contra el Cajero principal del Departamento y a favor de Jorge Cabrera B. por la suma de $ 1,257, de acuerdo con las prescripciones de la Ley 46 de 1923, es un instrumento negociable, y un documento de tal clase, según el numeral 2º del artículo 11 de la ley citada, es pagadero a su presentación cuando no se expresa el tiempo para el pago. De manera que la obligación es actualmente exigible, clara y expresa de pagar una suma líquida de dinero, y consta en documento proveniente del deudor.

La cesión del crédito por el señor Jorge Cabrera B. al ejecutado, fue hecha en legal forma, a juzgar por el oficio Nº 1732 dirigido por el Cajero principal del Departamento al señor Juez 6º Municipal en lo Civil, cuya copia auténtica corre a folio 2 v. del Cuaderno 1º: "...debo manifestar a usted que, según consta en los respectivos documentos que reposan en las oficinas correspondientes de la Gobernación, desde el 23 de junio del presente año, es decir, con anterioridad a la fecha en que ese despacho embargó el mencionado crédito, el señor Jorge Cabrera Bernal lo había cedido en debida forma al señor Jesús María Sierra, mediante el endoso de las cuentas de cobro y de la orden de pago respectiva, que lleva el número 4072, de 3 de julio del año en curso. El señor Jesús María Sierra había sido por tanto reconocido como cesionario del crédito en referencia". De tal documento aparece, pues, que con anterioridad a la fecha en que el Juzgado ordenó el embargo del crédito, la cesión se había realizado debidamente, y por tanto el señor Sierra había sido reconocido como cesionario.

Ahora en cuanto "al hecho de que las estampillas se encuentran sin anular en forma alguna", es de advertir que el documento en cuestión tiene las estampillas respectivas, y corresponde su anulación, en virtud de lo establecido por el ordinal 3º, artículo 2º del Decreto Legislativo 92 de 1932, a "los empleados públicos a quienes sean presentados o que hayan de autorizarlos o expedirlos". Si esto no se ha realizado, no es por culpa u omisión del ejecutante.

A este respecto dijo la Corte al resolver un caso análogo, en sentencia de 22 de junio del año en curso: '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"... "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". (Rodolfo Danies contra Departamento del Magdalena).

Así las cosas, presentándose ante el Tribunal como recaudo ejecutivo un documento que en la forma reúne los requisitos ordenados por el Código de Procedimiento, éste hizo bien en librar, con base en dicho título, mandamiento de pago. La Corte acoge los razonamientos del Tribunal acerca de que "los hechos ajenos e independientes del título que se hayan creado coetáneamente a su emisión o con posterioridad a este acto, y que tiendan a desconocer la obligación o a declararla extinguida, constituyen verdaderas excepciones de fondo (artículo 329 del C. J.), cuyos efectos deben examinarse en el respectivo incidente".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con el señor Procurador General de la Nación, confirma la providencia apelada.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de su procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Las disposiciones del Código Postal y Telegráfico imponen al empleado de correos la obligación de observar un celo extremado en el cuidado de los valores a su cargo, y así debe responder en la conservación de esos objetos hasta por hecho o culpa de terceros, excepto, naturalmente, cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre siete de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por la Resolución Nº 260, de 23 de septiembre de 1932, el Ministerio de Correos y Telégrafos declaró al señor Nabor Forero R., en su calidad de Administrador de Correos de Puerto Wilches, responsable de la pérdida de un valor declarado, por la suma de $ 244.16, y le impuso además una multa por valor de $ 20 m. c.

El Juzgado 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva, fundándose en la resolución mencionada, y en armonía con los artículos 982 y 1069 del Código Judicial, contra el citado señor Forero y contra el señor Federico Ortiz R., en su calidad de fiador solidario y mancomunado, por la suma de $ 264.16.

Como el señor Ortiz propusiera en oportunidad, por intermedio de su apoderado, las excepciones de fuerza mayor y error de cuenta, subieron los autos al conocimiento de la Corte, donde se ha agotado la tramitación correspondiente, y después de realizado el sorteo de conjuez que ha de reemplazar al Magistrado Gómez Naranjo, a virtud del impedimento legal declarado por éste, se procede a fallar en definitiva.

Se invoca como fundamento de la excepción de fuerza mayor el hecho, acreditado en el expediente, de que en la noche del 17 de junio de 1932 fue robada de la oficina de Correos Nacionales de Puerto Wilches una encomienda postal que contenía $ 5.843.86, dirigida al Banco de la República de Bogotá y consignada por la sucursal del mismo banco en la ciudad de Bucaramanga.

Y con referencia a la excepción de error de cuenta, se arguye por el ejecutado que la copia, aportada a los autos, del dictamen rendido por los peritos Felipe Serpa y J. Eusebio León en el sumario contra Héctor Lineros, de quien se dice fue el autor del robo a la oficina de correos, acredita el ningún valor comercial de las especies consignadas que fueron objeto de la sustracción delictuosa hecha por Lineros. Y en consecuencia, la suma en que está representada la parte de los valores que contenía la encomienda postal, parte que no pudo ser recuperada y causa de la presente acción ejecutiva, es una cantidad errada.

El señor Procurador manifiesta, al descorrer el traslado respectivo, lo que sigue:

"Como fundamento de las excepciones anteriores, alega el señor Ortiz R. que en la noche del 17 de junio de 1932, fue robada la Oficina de Correos Nacionales de Puerto Wilches, sacando de allí una encomienda postal que contenía $ 5,853.86, en cupones de bonos nacionales y moneda de plata y níquel. Que el alcalde de dicho municipio capturó al autor del delito y encontró en su poder $ 5.611.70, faltando, en consecuencia, $ 244.16, que es la suma por la cual se ha ejecutado el excepcionante, señor Ortiz R. Alega, además, en apoyo de la segunda excepción, que las especies en que estaba representada la suma, monto de la ejecución, carecen de valor.

"Aunque los hechos anteriores aparecen establecidos, especialmente lo relativo al robo efectuado en la oficina de correos de Puerto Wilches y son suficientes para eximir al ejecutado, señor Forero, de toda responsabilidad criminal, no alcanzan a ponerlo a cubierto de la responsabilidad civil. Las disposiciones legales sobre responsabilidad de los empleados de manejo, tienen que ser, por su naturaleza, y lo son efectivamente, especialmante severas en el particular; todas ellas hacen responsables a tales funcionarios de los desfalcos y faltas de terceros. (Art. 40 y siguientes del Código Postal y Telegráfico.—Art. E.—Disposiciones transitorias.—Título 11 del Libro Final del Código Fiscal y Decreto número 85, de 19 de enero de 1927).

"Por consiguiente, considero que las razones expuestas por el señor Ortiz, uno de los ejecutados, no alcanzan a eximirlo de la responsabilidad pecuniaria que contrajo para con la Nación. Ellas podrían ser valederas y tenerse en consideración en una solicitud de condonación. (Decreto número 85 citado y ley 94 de 1928)".

Para resolver se considera:

En la Resolución número 260 de 1932, en que el Ministerio de Correos y Telégrafos declaró civilmente responsable al señor Nabor Forero, por la pérdida o extravío de par-

te de la encomienda en cuestión, aparece que hechas "las averiguaciones de rigor, se hubo de llegar a la conclusión de que la encomienda no fue puesta la noche de su llegada a Puerto Wilches en la caja de hierro que tiene a su disposición el Administrador de Correos para guardar en ella los valores que recibe, lo cual demuestra que tiene poco cuidado en la seguridad de los valores que quedan bajo su responsabilidad y que obligado está a conservar con el mismo cuidado como si se trata de intereses propios". Y como el señor Forero pidiera reconsideración de esta providencia, el Ministerio dijo al decidir la solicitud: "Pero es lo cierto que la encomienda en cuestión fue consignada por la Sucursal del Banco de la República en Bucaramanga para la misma entidad que actúa como principal en Bogotá, y que se especificó su valor en $ 5,853.68, y por tanto, los correos estaban en la obligación de responder por esa suma, desde el mismo momento en que la admitió y se hizo cargo de su transporte, y de otra parte, una encomienda de ese valor, ha debido, al recibirla el ex-administrador de Correos de Puerto Wilches, señor Nabor Forero, colocarla en la caja de hierro que existe en la oficina, para la guarda de los valores de consideración".

Hecho el cargo de manera tan concreta por el Ministerio, le incumbía al señor Forero demostrar que había procedido con el debido cuidado y diligencia, verbigracia, guardando el valor consignado en la caja de hierro respectiva. Si hubiese tenido esa elemental precaución, a buen seguro que el robo no se habría podido efectuar, y en la hipótesis improbable de verificarse, sí existiría la característica de imprevisibilidad, indispensable para integrar la figura del caso fortuito. Pero nada de esto ha sido demostrado.

Claro es, como lo afirma el señor Procurador, que las alegaciones hechas podrían eximir al señor Forero de toda responsabilidad criminal, pero no de la responsabilidad civil que aquí se pretende hacer efectiva. En efecto: por el hecho de desempeñar un cargo como el de administrador de correos, se halla el funcionario en una situación especial que le impone la obligación de observar un celo extremado en el cuidado de los valores a su cargo; y así debe responder en la conservación de esos objetos hasta por hecho o culpa de terceros, excepto, naturalmente, cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.

Con relación a la excepción de error de cuenta, alude el excepcionante al avalúo de los objetos, en que se dice que "no tienen valor comercial alguno desde luego que ésas son especies retiradas de la circulación y marcadas de determinado modo..." Y agrega que, "según el dictamen uniforme de los peritos nombrados, la suma perdida no vale nada, y como la suma perdida y que no pudo ser recuperada es la que se cobra a Forero y a su fiador Ortiz R., hay que concluir que la suma por la cual se le ha ejecutado no existe por no valer nada".

Se observa:

No aparece demostrada en los autos la afirmación que se hace de que la cantidad por la cual se ejecuta, la suma de $ 224.16, corresponda al valor de los objetos que los peritos reconocieron y avaluaron. A Forero no se le ha ejecutado por el valor de los objetos o especies reconocidos y avaluados por los peritos en la investigación criminal y respecto de los cuales ellos afirman que carecen de valor comercial. Los peritos reconocieron y avaluaron ciertamente unos efectos encontrados en poder del sindicado del robo; pero bien podían tener esas especies otro origen o procedencia y no pertenecer a la encomienda que fue robada. A lo menos no hay en el expediente la prueba de esa identidad. Y no existiendo, no hay base para deducir, como lo quiere el excepcionante, que la suma por la cual se le ejecuta no existe "por no valer nada".

Además, se tiene que habiendo sido declarado el valor de la encomienda en la suma de $ 5,853.86, la Nación se obligó a responder por esa suma, aun cuando existiese diferencia entre el valor nominal y el valor intrínseco del objeto a su custodia. Y así fue obligada, como se desprende de la Resolución del Ministerio de Correos, a pagarle al Banco de la República la cantidad equivalente al valor nominal de la parte de la encomienda que no pudo ser recuperada. El señor Forero, a su turno, estaba obligado para con la Nación a responderle a ésta de todos los perjuicios que le pudiesen sobrevenir imputables a hecho o culpa suyos en el ejercicio de sus funciones. Y ya se ha visto cómo, si el empleado acusado hubiese procedido con la diligencia y cuidado propios de la naturaleza del cargo que desempeñaba, se habría impedido la consumación del delito, o en el peor de los casos, se habría hecho éste más difícil.

Por las razones 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, declara no probadas las excepciones propuestas y ordena llevar adelante la ejecución.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al juzgado de su procedencia.

Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R., Luis Eduardo Gacharná (Conjuez). Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

REPOSICION DE UN AUTO

El documento suscrito a favor de DETERMINADA PERSONA, vale como documento a la orden, en fuerza de lo que expresamente dispone el artículo 12 de la ley 46 de 1923. Requisito indispensable para que el documento o instrumento sea negociable, es el de que sea pagadero a la orden, según el numeral 4º del artículo 5º de esa ley. Para que el instrumento sea negociable debe tener, entre otras condiciones, la de ser pagadero a la orden. Si de la redacción del instrumento se percibe que el otorgante o girador quiso crearlo como negociable, habrá de tenerse como tal, aunque literalmente no se hayan usado las expresiones "a la orden" o "al portador".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Los doctores Gabriel Rodríguez Ramírez y Gonzalo Benavides Guerrero han solicitado reposición de la providencia de esta Sala, de fecha 29 de agosto último, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación que había sido interpuesto contra la providencia del Tribunal Superior de Pasto, sobre admisión de la demanda de tercería propuesta por Alonso Moncayo, en el juicio ejecutivo que adelanta el departamento de Nariño contra el doctor Gonzalo Benavides Guerrero y otros, demanda de tercería que fue declarada inadmisible por el Tribunal nombrado. El auto en que así se resolvió fue confirmado por esta superioridad, y respecto de él se ha pedido la reposición por los doctores Rodríguez Ramírez y Benavides.

Corresponde, pues, a la Corte estudiar ahora si es jurídica la reposición solicitada.

Como puede verse por la providencia confirmada por el auto de esta Sala de fecha 29 de agosto último, el motivo para no haber admitido la demanda de tercería propuesta por Alonso Moncayo, consiste en que el documento en que se funda no está reconocido por la persona obligada, de una parte, y de otro lado, en que la expresa renuncia que se hizo al reconocimiento del documento por la persona que lo suscribió para que tuviera el alcance de instrumento negociable, no es una renuncia que aparezca plenamente demostrada en los autos.

En nuevo estudio del asunto, y particularmente de las disposiciones de la ley sobre instrumentos negociables le sirven de base a la Corte para las apreciaciones que en seguida se expresan.

El documento privado por cantidad de un mil pesos, m. c., suscrito por la señora Rosa L. de Guerrero, a favor del señor Alonso Moncayo, resulta en su forma como documento nominativo, y no a la orden, pero estudiada y aplicada la ley sobre instrumentos negociables, aparece que ese documento nominativo debe valer como documento a la orden y es negociable, por estas razones:

De un lado, el documento suscrito a favor de determinada persona, vale como documento a la orden, en fuerza de lo que expresamente dispone el artículo 12 de la ley 46 de 1923:

"El instrumento es pagadero a la orden cuando debe cubrirse a la orden de una persona determinada o a esta persona o a su orden. Puede girarse pagadero a la orden: 1º—De un beneficiario que no es otorgante, girador o girado..."

Lo que está demostrando que el ser nominativo no le quita la condición de ser a la orden, y más bien al contrario, se la da, si se concede algún efecto al texto de la ley.

Ahora bien, un requisito indispensable para que el documento o instrumento sea negociable, es el de que sea pagadero a la orden, como lo previene el numeral 4º del artículo 5º de la ley antes citada.

Tales son los textos que se encuentran en la ley, acerca de la cual se han hecho merecidas críticas por la dificultad que ofrecen para su comprensión algunas de sus disposiciones.

Para que el instrumento sea negociable debe tener, entre otras condiciones, la de ser pagadero a la orden. "La cláusula a la orden es elemento esencial para que el instrumento se tenga como negociable", dice el doctor Víctor Cock en sus juicios comentarios a la ley sobre instrumentos negociables. (Derecho Cambiario Colombiano, página 13). Y agrega:

"Dicha cláusula indica o autoriza la negociabilidad del instrumento, es decir, son las palabras que sirven para impartir al instrumento el carácter de negociable. Indudablemente pueden sustituirse por otras de significado equivalente; mas nuestra ley no acepta, como tampoco lo hace la adoptada en los Estados Unidos, la omisión completa de la cláusula a la orden referida o de alguna equivalente. En este punto se apartan nuestra ley y la de los Estados Unidos de la ley inglesa sobre letras de cambio, y es que en Inglaterra, con respecto a ciertos instrumentos, se admite la existencia implícita de la cláusula a la orden".

Después, pasando a comentar el artículo 14 de la ley 46, que dice: "No es necesario que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de esta ley; cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones, son adecuados"; el comentarista agrega: "Así, por ejemplo, si de él se infiere claramente que el otorgante o girador de un pagaré o de una letra de cambio quiso crearlo como instrumento negociable, es decir, comunicarle tal calidad, el instrumento habrá de tenerse por negociable, aunque de un modo literal no se hayan usado las expresiones 'a la orden' o 'al portador', con tal que se hayan usado expresiones equivalentes a las mencionadas para darle el carácter de negociable al instrumento en relación con tal requisito". (Página 31, obra citada).

Tiene gran significación el texto de la ley en cuanto explica que cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones, son adecuados, y que no hay necesidad de que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de la ley. De suerte que si alguna duda se presenta en este pleito debe resolverse con la solución que en ella se indica.

Y así, si no se reputa suficiente el que el documento del tercerista haga mención del nombre del beneficiario, lo que por sí sólo, al tenor del artículo 12, le da el carácter de documento a la orden, entonces debe reconocérsele efecto a la cláusula que allí se lee sobre el alcance que se le quiso dar expresamente al documento. Con ello no se contraría ninguna disposición de orden público, ya que sobre el particular la propia ley ha hecho una apreciación que le impide al juzgador trocarla por otra.

Juzga la Corte, por consiguiente, que se le debe dar efecto a la cláusula que lleva el documento en virtud de la cual se le da el carácter de instrumento negociable, con mérito ejecutivo; y así las cosas, la Corte ha de rectificar su propia apreciación expuesta en la providencia cuya reconsideración se solicita, y admitir consecuencialmente la demanda de tercería propuesta por Alonso Moncayo en el juicio ejecutivo a que va dirigida.

El doctor Gonzalo Benavides Guerrero no se ha conformado con la explicación que le dio la Corte a su reclamo para que se declarara la nulidad del juicio ejecutivo que se ha adelantado contra él por parte del Departamento de Nariño, razón que se hizo consistir en que la Corte no tiene por qué entrar ahora en el estudio de esa cuestión, toda vez que el negocio ha venido con ocasión del recurso de apelación interpuesto contra la providencia que declaró inadmisible la tercería, y solamente para eso, y la Corte no tiene problema alguno de fondo, o sobre lo principal del negocio.

El doctor Benavides Guerrero no aduce ningún fundamento legal para que la Corte cambie su decisión respecto de su reclamo. Se limita a expresar que el juicio ejecutivo tiene irregularidades, nulidades y defectos, errores que no es el momento de corregir, si es que los hay, porque usurparía jurisdicción la Corte si entrara a resolver puntos que no es la oportunidad de considerar. La remisión a la Corte del juicio principal, a que alude el doctor Benavides Guerrero, no era necesaria, aunque sí ilustrativa, para fallar sobre la tercería.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, resuelve:

Repónese el auto de esta corporación de fecha 29 de agosto último, y también las providencias del inferior mediante las cuales se declaró inadmisible la demanda de tercería propuesta por Alonso Moncayo respecto del juicio ejecutivo a que va dirigida. En consecuencia, se admite dicha demanda y se dispone se le dé el curso legal por el Tribunal de Pasto. Devuélvanse los expedientes a las oficinas de origen.

No se accede a la solicitud que entraña el último memorial del doctor Gonzalo Benavides Guerrero.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

YITULO EJECUTIVO

No habiéndose estipulado nada en relación con la obligación del Departamento de entregar unos contados de dinero, ni habiéndose determinado la fecha de la entrega, no puede sostenerse que la obligación sea actualmente exigible ejecutivamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre veintinueve de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

Ha subido en apelación a la Corte el auto de fecha 21 de agosto pasado, dictado por el Tribunal Superior de Manizales, en el cual se negó la ejecución solicitada por el doctor Clímaco Villegas como apoderado del Municipio de Salamina, contra el Departamento de Caldas, por la cantidad de $ 20,000, como resto del anticipo que el Departamento está obligado a prestar al Municipio nombrado para mejorar, ensanchar y reformar el acueducto público y el matadero de dicha ciudad. Tramitado legalmente el asunto en la segunda instancia, se pasa a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

Como recaudo ejecutivo presentó el demandante la escritura pública 1878, otorgada el 14 de diciembre de 1934 ante el Notario segundo del Circuito de Manizales, en la cual consta el contrato celebrado por el Departamento y el Municipio, en virtud de la autorización dada por la Ordenanza Nº 46 de 1934 a la Gobernación de Caldas para anticipar al Municipio de Salamina la suma de $ 30,000 con los fines arriba indicados. Consta en la escritura que no habiéndose apropiado por la Asamblea la partida necesaria en el presupuesto, la Gobernación por Decreto Nº 487 de 1934, hizo la apropiación de $ 25,000, suma que aceptó el Municipio, como monto del anticipo, en vista de las dificultades fiscales del Departamento. En el contrato se estipuló lo siguiente: a) Que el préstamo de $ 25,000 se haga por medio de contados, sujetos a las apropiaciones de los presupuestos mensuales respectivos, por lo menos de $ 5,000 cada contado; b) La obligación por parte del Municipio de presentar ordinariamente las cuentas respectivas de las inversiones; c) La obligación de amortizar el capital que le da el Departamento, o sea lo que se le entregue como queda expresado antes, endosando el 87 por 100 de la participación del Municipio en la renta de tabaco, a favor de la administración general del tesoro hasta completar el pago, lo mismo que las cuentas extraordinarias a que dé lugar cuando el producido de la renta exceda de la cantidad citada y cobrada mensualmente; d) Que la cesión debía hacerse constar del mes de diciembre de 1934, de la participación de ese mes y de los sucesivos sin solución ninguna de continuidad; e) El Municipio dio como garantía específica la participación que le corresponde en las rentas de degüello, licores y tabaco.

El Tribunal negó la ejecución por las siguientes razones:

"El contrato de que habla la escritura pública, acompañada como base de recaudo, es el de mutuo o préstamo de la cantidad de veinticinco mil pesos, cuyo pago estaría sujeto a los términos constatados en la escritura citada. Siendo esto así, conviene examinar si el contrato dicho se perfeccionó en su totalidad. Dice el artículo 2222 del Código Civil: "que el contrato de mutuo no se perfecciona sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio". Es evidente de acuerdo con este precepto, que el contrato de mutuo tiene el carácter de real y que por tanto exige la entrega de la cosa, sin cuyo requisito no se perfecciona; de ahí que en principio no surjan obligaciones de este contrato sino para el mutuario, entre las cuales está la de restituír. Así las cosas, el contrato de mutuo de que habla la escritura presentada como recaudo por el apoderado del Municipio de Salamina, no se perfeccionó jurídicamente hablando, sino en parte, respecto de los primeros cinco mil pesos que dicho apoderado confiesa en la demanda haberlos recibido del Municipio. En el resto de la suma solamente hubo una promesa porque hasta ahora dicha suma no ha sido entregada por el Departamento. Quiere esto decir que únicamente el contrato de mutuo se ha realizado parcialmente, por el aspecto que se deja indicado.

"De acuerdo con el razonamiento precedente, el doctor Villegas erró al solicitar se librara mandamiento de pago contra el Departamento por la cantidad líquida de veinte mil pesos, puesto que respecto de esta cantidad no se perfeccionó el contrato y únicamente existe referente al Departamento la promesa de entregar dicha cantidad, promesa que jurídicamente no produce otra cosa que una obligación de hacer por parte del Departamento".

Se observa:

El artículo 982 del C. J. dice así:

"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. Entiéndese por cantidad líquida, la que puede expresarse en un guarismo determinado, sin estar sujeta a deducciones indeterminadas aunque ciertas".

Es necesario examinar si la obligación contenida en el contrato celebrado entre el Departamento de Caldas y el Municipio de Salamina reúne las condiciones exigidas por la disposición anterior.

El contrato no contiene la obligación de entregar una cantidad líquida de dinero que se fijó en $ 5,000 mensuales como mínimo. Pero la obligación está sujeta "a las apropiaciones de los presupuestos mensuales respectivos". De manera que si en los presupuestos mencionados no está apropiada la suma, el Departamento no está en mora de pagar. Esto aparece comprobado en autos, pues sólo se acompañó como prueba la escritura de contrato.

No dice el contrato desde qué mes debían hacerse las entregas de los contados de $ 5,000. La cláusula tercera habla de que la cesión de la participación de la renta debía hacerse desde el mes de diciembre de 1934, sin solución de continuidad, para pagar los anticipos en la proporción recibida. Pero respecto de la obligación del Departamento de entregar los contados, no se estipula nada ni se determina la fecha. No puede, por tanto, sostenerse que sea una obligación actualmente exigible como lo ordena la disposición transcrita.

Como la obligación del Departamento de Caldas en el contrato que se estudia no llena los requisitos prescritos en el artículo 982 del C. J., es jurídica la conclusión del auto apelado, y se debe por tanto confirmar, por los motivos expuestos por la Sala, que son como se ve, distintos a los expresados por el Tribunal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, confirma el auto apelado.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.



PERJUICIOS

Como las asociaciones o personas morales, verbigracia, las empresas de ferrocarriles, no son responsables criminalmente, la prescripción de las acciones civiles contra ellas no se rige por el Código Penal, de acuerdo con el artículo 2358, inciso 1º, del C. C., sino por este código. Las empresas de ferrocarriles son responsables de los daños que causen por descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía, entre los cuales figura la obligación de establecer barreras en los puntos en que los trenes crucen a nivel de los caminos públicos y cadenas en los lugares en que la línea férrea atraviese calles, lo mismo que guardias encargados de impedir el paso del público en el momento de circular los trenes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre once de mil novecientos treinta y cinco.

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

El señor Hernando Restrepo, en su nombre y como representante de su esposa, doña Isabel Restrepo de R., demandó por los trámites de la vía ordinaria al Departamento de Antioquia para que se declare que la empresa del Ferrocarril de Antioquia, perteneciente a aquel Departamento, es responsable del accidente o siniestro ocurrido en la tarde del día ocho de diciembre de 1924, por causa del choque violento de la locomotora Nº 21 que remolcaba el tren Nº 72, con el automóvil de propiedad del demandante, en el crucero de la línea férrea con la calle de Colombia de la ciudad de Medellín. Pidió que el Departamento sea condenado a pagar la cantidad de dinero que sea fijada por peritos, como indemnización por los perjuicios causados en el siniestro referido al demandante señor Restrepo y a su esposa.

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Medellín, en representación del Departamento de Antioquia, se opuso a la demanda, manifestando que en el siniestro ocurrido a los esposos Restrepo no hubo culpa por parte de la empresa del ferrocarril.

Adelantado el juicio por los trámites legales, se produjeron numerosas pruebas, y el Tribunal, por sentencia de fecha 26 de julio de 1933, absolvió al Departamento de Antioquia de los cargos de la demanda. El actor apeló del fallo y el recurso le fue concedido en el efecto suspensivo. En la segunda instancia se produjeron también varias pruebas a petición del apoderado del demandante, doctor Rodrigo Jiménez Mejía, y agotada la tramitación correspondiente, se citó a las partes para sentencia en auto de 27 de junio próximo pasado.

Agotada la tramitación propia de la segunda instancia, sin que se observen en el juicio causales de nulidad, se pasa a fallarlo en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

El señor Fiscal, en su alegato de conclución ante el Tribunal, propuso la excepción de prescripción. La funda en el artículo 2358 del C. C., que dice así:

"Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

"Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

El Tribunal, en su sentencia dijo lo siguiente:

"Pero aún suponiendo que el actor hubiera comprobado la culpabilidad de la empresa, la cual, se repite, no pudo probar, es lo cierto que su acción está prescrita de conformidad con lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 2358 del C. C., en armonía con el 2545 de la misma obra. El demandante dejó pasar los tres años señalados en la primera disposición para instaurar la demanda de perjuicios".

Estima la Sala que se debe estudiar primero lo relativo a la excepción propuesta por el señor Fiscal y apoyada por el señor apoderado del Departamento de Antioquia en la segunda instancia, porque si la prescripción se ha consumado como se sostiene por la parte demandada, no es necesario entrar en el análisis de las numerosas pruebas que se produjeron en las dos instancias del juicio.

Como las asociaciones o personas morales, verbigracia, las empresas de ferrocarriles, no son responsables criminalmente, la prescripción de las acciones civiles contra ellas no se rige por el Código Penal, de acuerdo con el artículo 2358, inciso 1º, del C. C. Tal prescripción se rige por las disposiciones generales del C. C. Así lo resolvió la Corte en sentencia de fecha 14 de mayo de 1917. (Jurisprudencia de la Corte, Nos. 393 y 394, Tomo II).

De manera que en este caso es preciso examinar la situación jurídica de la empresa en relación con la demanda, para saber si se ha consumado la prescripción.

El artículo 5º de la ley 62 de 1887 dice que "los empresarios de vías férreas serán responsables de los daños y perjuicios que causen a las personas o a las propiedades por razón del servicio de las mismas vías y que sean imputables a descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía respectivos..."

La ley 76 de 1920, sobre policía de los ferrocarriles, dice lo siguiente en su artículo 8º:

"Es obligación de toda empresa de ferrocarril mantener la vía debidamente cercada, a uno y otro lado, salvo los pactos especiales con los colindantes. La falta de cumplimiento de esta disposición impone a la respectiva empresa la obligación de resarcir los daños y perjuicios consiguientes a la infracción.

"En todos los puntos en que los ferrocarriles crucen a nivel de los caminos públicos, se establecerán barreras que deben cerrarse, si posible automáticamente, con la debida anticipación, antes del paso de los trenes, y abrir después de que éste se efectúe.

"En los lugares adonde no sea posible establecer barreras, se mantendrán, permanentemente, guardas encargados de impedir el paso a transeúntes en el momento de circular los trenes.

"Cuando un ferrocarril atraviese ríos navegables, deberá construírse y conservarse de manera que no entorpezca ni embarace la navegación o perjudique el uso de las aguas.

"La infracción de las disposiciones contenidas en este artículo será castigada con multas sucesivas de diez a doscientos pesos, que impondrá el Gobierno, aparte de responder, en cada caso, de los daños y perjuicios que se causen por la omisión".

El punto f) del artículo 26 de la ley citada, obliga a las empresas férreas "a estacionar guardias que impidan el paso del público en los puntos en que la línea férrea atraviese calles, caminos o puentes". Y establece la misma disposición que "el guardavía impedirá el paso por medio de una cadena que tenderá a través de la vía cinco minutos antes de que haya de pasar cada tren, y no lo permitirá sino después de que el tren haya pasado".

Las empresas de ferrocarriles son, pues, responsables de los daños que causen por descuido, negligencia o violación de los reglamentos de policía, entre los cuales figura la obligación de establecer barreras en los puntos en que los trenes crucen a nivel de los caminos públicos y cadenas en los lugares en que la línea férrea atraviese calles, lo mismo que guardias encargados de impedir el paso del público en el momento de circular los trenes.

En el caso que se estudia, no se trata de la violación de las disposiciones transcritas, por cuanto la empresa tenía una cadena de cerrar antes del paso de los trenes, en la esquina del crucero de la calle de Colombia, con la línea férrea, en la ciudad de Medellín, y un guardavía encargado de manejar la cadena y de evitar el paso del público en el momento de circular los trenes. La empresa había cumplido, por consiguiente, con los mandatos legales, y no se observan negligencia u omisiones imputables a ella directamente.

El demandante dice en el punto quinto del libelo que el suceso materia del pleito ocurrió por culpa del Ferrocarril de Antioquia, tanto por la falta de cumplimiento de las prescripciones legales para empresas de esa índole, como por la desacertada elección del empleado encargado de guardar la vía en el precitado crucero de la calle de Colombia de Medellín con la línea férrea. Pero de las numerosas pruebas que obran en autos se deduce que la empresa sí había cumplido con la obligación de establecer la cadena en el punto indicado y de tener el guardavía encargado de manejarla y de prevenir a los transeúntes.

El punto séptimo de la demanda está concebido en estos términos:

"Séptimo.—El guardavía atravesó la cadena única que existía en la parte occidental de la vía en el preciso momento en que el automóvil cruzaba la línea, al mismo tiempo que me daba intempestivamente la orden de retroceder, y así, como se dice, entre la espada y la pared, situado el automóvil entre la cadena y la carrilera fue atropellado por la locomotora, cuestiones éstas ocurridas casi simultáneamente, pues entre la colocación de la cadena por el guardavía, la orden dada por éste y la presentación de la máquina del ferrocarril apenas mediaron unos pocos segundos, insuficientes para verificar las maniobras en el funcionamiento del motor del automóvil, de tal suerte que el avance me lo impidió la colocación intempestiva de la cadena por parte del torpe cadenero y el retroceso me fue absolutamente imposible, porque de intentarlo siquiera hubiera quedado el automóvil dentro de las líneas paralelas del ferrocarril, y la tragedia habría rematado necesariamente con el sangriento trituramiento de nuestros cuerpos.

Dos muertes seguras hubiera sido la consecuencia fatal de la orden dada por el guardavía a quien el Ferrocarril de Antioquia confió, en mala hora, la guarda de las vidas y de las haciendas, y no sólo de esa orden sino de la colocación de la cadena inmediatamente antes del suceso, y no con la debida anticipación, de acuerdo con los preceptos al respecto".

Como se ve por lo anterior, el demandante acepta la existencia de la cadena y la intervención del guardavía encargado de colocarla antes del paso del tren. Se circunscribe el punto a la culpa proveniente de los agentes de la empresa, del guardavía, por no haber colocado a tiempo la cadena, según lo afirma el actor, o del conductor del tren o de los maquinistas, por no haber evitado el siniestro.

Se trata, pues, de la responsabilidad que le correspondería a la empresa, conforme al artículo 2347 del C. C. y al punto a) del artículo 26 de la ley 76 de 1920, por acciones de personas a su cuidado y de las cuales los empresarios responden como terceros. La prescripción en este caso se consuma en tres años, al tenor del artículo 2358, inciso 2º, del texto citado, tiempo que ya había transcurrido cuando el señor Hernando Restrepo G. inició la demanda contra el Departamento de Antioquia. En efecto, el suceso ocurrió el 8 de diciembre de 1924, y el libelo fue presentado el 30 de junio de 1932.

Por las razones anteriores, la Sala llega a la conclusión de que la excepción de prescripción está probada y de que se debe confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Estampíllese, cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

A un responsable del erario no se le puede condenar a pagar a la Nación las sumas que ha gastado en cumplimiento de obligaciones de aquélla, sólo porque al verificar la erogación se omitieron formalidades de conveniencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo.

El Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales, en auto Nº 23, de 9 de marzo de 1931, decretó orden de pago por la vía ejecutiva a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Arturo Vanegas, por la suma total de $ 18,776.33, los intereses legales y las costas del juicio. La cantidad expresada proviene de varios alcances que dedujo la Contraloría contra el señor Vanegas en las cuentas de la Administración de la Aduana de Barranquilla, correspondientes a los meses de abril, agosto y diciembre de 1927 y febrero y marzo de 1928. El señor Arturo Vanegas, por medio de su apoderado doctor Antonio García Leyva, propuso con fecha 23 de julio de este año las excepciones de inepta demanda, carencia de acción y error de cuenta, las cuales fueron enviadas para su decisión a la Corte. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

En providencias dictadas con posterioridad al auto ejecutivo, la Contraloría revocó unos alcances y modificó otros, de manera que la cantidad materia de la ejecución quedó reducida a $ 933.43, suma que se descompone así:

Cuentas del mes de abril de 1927 $	303.33
Cuentas del mes de diciembre de 1927	610.10
Cuentas del mes de febro de 1928	20.00
Suma total.....$	933.43

Según memorial dirigido a la Corte por el apoderado del señor Vanegas, las excepciones se refieren a los alcances siguientes:

Cuenta de abril de 1927.—Por sueldos pagados al señor Paúl Macdonalld, como Inspector Técnico del guardacostas "Boyacá", en marzo y abril de 1927.....$ 303.33

Cuenta de diciembe de 1927.—

Por lo pagado al Tesorero Municipal del Distrito de Cartagena,

proveniente del producto del impuesto de sanidad de dicho puerto y destinado al saneamiento de esa ciudad, por la Ley 106 de 1912	520.00
Total.....	$ 823.33

Se estudian separadamente los alcances referentes a las dos cuentas anteriores.

Cuenta de abril de 1927.

En providencia de 28 de mayo de este año, Nº 707, la Contraloría dijo lo siguiente sobre el alcance de $ 303.33 de la cuenta de abril de 1927:

"Las partidas números 4 por $ 221.87 y 5 por $ 214.72, que suman $ 436.59, fueron aplazadas por falta de la correspondiente relación de autorización. Un nuevo estudio de este cargo lleva a la conclusión de que no se trataba precisamente de la falta de esa formalidad para el pago, sino de un exceso gastado sobre la cantidad apropiada en el respectivo presupuesto. En efecto, la ley de apropiaciones para la vigencia de 1927 destinó para el artículo 292, Cap. 26, a que fueron imputados estos gastos, $ 10,320.00, suma que la Aduana extralimitó pagando $ 10,053.26, lo que dio un exceso de $ 133.26, cantidad que posteriormente fue legalizada por la Ley 15 de 1929. Ahora bien, como las partidas a que se refiere este alcance suman $ 436.59, hay que deducir de ella la suma de los $ 133.26 legalizados por la expresada ley, quedando entonces una diferencia de $ 303.33, que es a lo que debe reducirse este cargo, no por falta de la relación de autorización, la que hace presumir la existencia de una partida para atenderla, sino la falta de ésta, puesto que no fue apropiada por la ley".

El señor apoderado del excepcionante se refiere así a la glosa:

"Con mi memorial de 13 de septiembre próximo pasado, presenté a la Corte para que fueran tenidos como pruebas, el telegrama original número 1507, de 31 de marzo de 1927, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (cuyo desglose pedí a la Contraloría), así como copia autorizada de la providencia de la Contraloría Nº 707, de 28 de mayo último, citados anteriormente.

"Con el telegrama probé que si mi poderdante, como Administrador de la Aduana de Cartagena, pagó los servicios prestados por el técnico Macdonalld, no lo hizo sino en virtud de orden expresa del señor Ministro de Hacienda. La exhibición de ese telegrama siempre fue de efecto ante la Contraloría, pues si yo no lo hubiera presentado, habría subsistido el alcance primitivo de $ 436.59; pero la Contraloría después de haber sostenido que la glosa provenía de la falta de la relación de autorización, salió con que no se trataba de esa formalidad, sino de la falta de partida en el presupuesto, la cual si se votó posteriormente no fue en proporción tal que cubriera la totalidad del gasto aludido sino parte, por lo cual la glosa quedaba no extinguida sino rebajada.

"De todo esto queda la convicción de que mi poderdante, como Administrador de Aduana, no hizo el pago materia de la glosa antojadizamente, sino autorizado por el superior en el ramo fiscal; que si para esa erogación era menester la respectiva relación de autorización, esa formalidad no se omitió; que ese gasto que se hizo en beneficio de la administración, tenía carácter urgente, pues se trataba nada menos que de unos trabajos en el guardacostas "Boyacá", que requirieron los servicios de un técnico en la materia y a quien hubo que traer de un país extranjero, y que si la objeción de la Contraloría se funda en la deficiencia de la partida presupuestal, mi poderdante no puede ser responsable de esa deficiencia, ya que es el superior ordenador del gasto quien ha debido tener en cuenta para autorizarlo la existencia de la correspondiente apropiación. ¿Si a mi poderdante se le obligara a pagar el valor de ese alcance, se cometería con ello un acto de justicia? Todo lo contrario: esa medida acusaría un caso de injusticia sin nombre".

Sobre esto se observa:

Durante el término de prueba se presentó el telegrama original del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, recibido en la Aduana el 1º de abril de 1927, en el cual se le ordena al Administrador reconocer al señor Macdonalld la suma de 104 libras, correspondientes a una bonificación y se autoriza al empleado referido para comprar y entregarle a aquél un pasaje de segunda clase hasta Liverpool. La Contraloría no glosó el gasto por falta de comprobantes, sino porque carecía de relación de autorizaciones y luégo por considerar que había exceso en el capítulo respectivo del presupuesto.

El gasto fue hecho por el Administrador de la Aduana por orden del Ministerio y se libró con él a la Nación de una obligación en su contra. No sería justo dejar esa suma a cargo del empleado que hizo el pago, porque él se limitó a cumplir una orden superior. Si al verificar el pago se hizo una imputación equivocada en las correspon-

dientes partidas presupuestales, o si se dejaron de cumplir determinadas formalidades de contabilidad, el empleado respectivo podría haberse hecho acreedor a una multa como sanción, pero ésta no puede consistir en la obligación de pagar a la Nación la suma entregada precisamente para librar al Tesoro de una obligación por razón de servicios públicos. Esta ha sido la doctrina sentada por el H. Consejo de Estado en numerosos fallos, dictados en apelaciones de fenecimientos de la Contraloría, y es la que consulta la equidad y la justicia, porque a un responsable del erario no se le puede condenar a pagar a la Nación las sumas que ha gastado en cumplimiento de obligaciones de aquélla, sólo porque al verificar la erogación se omitieron formalidades de contabilidad.

No hay, por consiguiente, fundamento legal para la acción ejecutiva en lo que respecta a la mencionada cantidad de $ 303.33, que se dedujo como alcance en la cuenta de la Aduana de Barranquilla referente al mes de abril de 1927.

Cuenta de diciembre de 1927.

Sobre el alcance de $ 520 en la cuenta de este mes, la Contraloría dijo lo siguiente, en providencia N° 48, de 23 de enero de 1932:

"Punto 11.—Observación 113. Por $ 520, cantidad dejada a cargo del responsable por concepto de la participación del Municipio de Cartagena en la renta de sanidad, por estar excedida la partida de $ 2,800 asignada con tal fin en el respectivo presupuesto, Cap. 58, Art. 638.—Sobre este particular, dice el responsable que no es justo que se deje a su cargo esa suma y pide que "se reconsidere esta glosa, en atención a que la suma pagada lo fue en virtud de una ley expresa que destinó a la Municipalidad de Cartagena todo el producido del impuesto de sanidad que se recaudara en aquel puerto, y que es probable que el Municipio de Cartagena solicitó y obtuvo el crédito respectivo para obtener las sumas recaudadas de más de lo presupuestado y el excedente de $ 2,800 tiene que estar legalizado..." No es el caso de aceptar la explicación que da el responsable, porque si bien es verdad que la ley dispuso que se destinaran los productos de la renta de sanidad que se recaudaran en Cartagena para determinado fin, también es cierto que el responsable no podía disponer el pago de esas sumas, mientras no obrara la correspondiente relación de autorizaciones, debidamente refrendada por este Departamento de conformidad con el artículo 3° de la Resolución 14 de 1928, y como de esto no hay constancia en los antecedentes de este juicio ni el responsable ha allegado tal comprobante que hubiera servido para legalizar este gasto, es el caso de sostener la glosa de la Contraloría y así se declara, pues la apropiación respectiva resultó excedida. Quedan, pues, a cargo los $ 520 comentados".

Sobre esto se observa:

La Ley 106 de 1912, establece lo siguiente:

"Artículo 1° Cédese al Distrito de Cartagena el producto de los derechos de sanidad que se recauden por aquel puerto, para aplicarlo al saneamiento de la ciudad.

"Artículo 2° Dentro de los diez primeros días de cada mes el Administrador-Tesorero de la Aduana de Cartagena pasará al Tesorero o Recaudador de las rentas municipales del Distrito las sumas recaudadas en el mes anterior por derechos de sanidad.

"Artículo 3° La presente ley regirá desde su sanción, y la partida correspondiente se considerará incluída en los presupuestos de gastos de la presente vigencia y en las subsiguientes".

La suma de $ 520 pagada al Municipio de Cartagena por el concepto expresado, no fue glosada por falta de comprobantes respecto al recibo de ella por el Tesorero, sino por falta de autorizaciones y por exceso en lo presupuestado para esa erogación. Pero es preciso tener en cuenta que el Administrador de la Aduana no hizo sino cumplir la ley, que es muy clara, y entregar el producto del impuesto de sanidad al empleado correspondiente. No hay, por tanto, base legal para dejar en contra del señor Vanegas la suma paga por él. Los alcances que por este motivo se dedujeron contra el excepcionante en las cuentas referentes a otros meses y de las cuales conoció por apelación el Consejo de Estado, fueron levantados, como lo reconoce la misma Contraloría. En sentencia de fecha 27 de agosto de este año, referente a la cuenta de febrero de 1927, dijo aquélla entidad lo siguiente, sobre la glosa de $ 430, pagados al Tesorero de Cartagena por el importe de los derechos de sanidad de ese puerto:

"Como se ve, el pago se hizo al señor Tesorero Municipal de Cartagena, faltando, únicamente, el requisito de la relación de autorizaciones. Dicha erogación estaba ordenada por la ley, la 106 de 1912; estaba autorizada en la ley de presupuesto y con ella se canceló una obligación contraída por el Estado. No sería justo, por consiguiente, dejar a cargo del responsable esa suma, invertida en un servicio público, por lo cual

el Consejo, haciendo uso de la facultad concedida en el Decreto Nº 911 de 1932, fenecerá sin alcance esta observación".

En cuanto se refiere a la glosa de $ 520 de la cuenta del mes de diciembre de 1927, encuentra la Sala, por todo lo anterior, fundada la excepción propuesta por el ejecutado señor Vanegas. No hay base legal para la providencia que sirvió de recaudo ejecutivo, ya que el pago estaba autorizado por una ley expresa y con él se libró a la Nación de una obligación a su cargo.

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que se deben declarar probadas las excepciones propuestas por el ejecutado señor Arturo Vanegas y ordenar la suspensión de la ejecución, concepto que acoge la Sala por las razones que se han expresado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el Sr. Procurador Gral. de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción de error de cuenta propuesta por el ejecutado señor Arturo Vanegas, en relación con la suma de $ 330.33, que se le dedujo como alcance en la cuenta de la Administración de la Aduana de Barranquilla, correspondiente al mes de abril de 1927, y con la suma de $ 520, parte del alcance que se le dedujo en las cuentas del mes de diciembre de 1927, de la misma oficina. En consecuencia, se ordena suspender la ejecución en cuanto se refiere a las cantidades expresadas, y adelantar el juicio solamente para hacer efectivas las sumas de $ 20,10, saldo del alcance que se dedujo por la cuenta de diciembre de 1927, según providencia Nº 48 de la Contraloría, de 23 de enero de 1932, y la de $ 20, referente a la cuenta de febrero de 1928, conforme a la Resolución Nº 972, de 5 de noviembre de 1931, de la misma oficina.

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 ppdad.

EXCEPCIONES

Ilógico e injurídico en grado sumo sería que no habiéndosele reconocido validez por parte de la Nación a la fianza otorgada por los fiadores para el efecto de la entrega de unas mercancías, se le reconociese ahora para exigirles una responsabilidad que en un principio no se les admitió. Tal tesis pugnaría abiertamente con la equidad y con la noción de CAUSA que debe informar los contratos en su celebración, interpretación y ejecución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veintiuno de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio ejecutivo que en nombre de la Nación adelanta el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra los señores Enrique de Narváez y Eduardo Gamboa, por suma de pesos, los ejecutados propusieron oportunamente las siguientes excepciones:

1ª—Carencia de título.
2ª—Inexistencia de la obligación.
3ª—Prescripción ejecutiva, y
4ª—Inepta demanda.

Remitido el asunto a la Corte para los efectos del numeral 5º del artículo 36 del C. J., se le ha dado la tramitación correspondiente hasta ponerlo en estado de recibir fallo en el fondo.

El auto ejecutivo se profirió el día 11 de agosto de 1919, teniendo como base las libranzas números 14,690 y 14,689, de 20 de agosto de 1917, y la escritura pública número 822, de 13 de julio de 1917, pasada ante el Notario 3º del Circuito de Bogotá.

La historia del presente asunto es la siguiente: los señores Eduardo Bonnitto y Cía. introdujeron en el año de 1917 unas mercancías de procedencia chilena, y como no tuvieran dinero en efectivo para pagar los derechos de aduana, giraron unas libranzas, las que fueron afianzadas por los señores de Narváez y Gamboa, por medio de la escritura número 882 de que ya se ha hecho referencia. El objeto del afianzamiento y de

las libranzas giradas fue el de obtener la entrega de las mercancías a los introductores, cosa a que no accedió el Tesorero General de la República. Intervino entonces la legación de Chile ante el gobierno colombiano, y se dirigió al Ministro del Tesoro para que bajo su responsabilidad se ordenara al Tesorero la entrega de la mercancía. El Ministro ordenó la entrega de la mercancía, "por haberse hecho responsable la Legación de Chile del pago de los derechos de aduana de los efectos introducidos por el señor Bonnitto".

El señor Procurador General de la Nación, al contestar el traslado que de los autos le fue corrido, manifestó lo siguiente, hacia el final de su vista fiscal:

"Considera este despacho que la acción que se ha dirigido contra los excepcionantes no debe prosperar, y más aún: que fue arbitraria, ya que ellos han acreditado plenamente que la fianza por que se les ejecuta no fue estimada por la Tesorería y fue cambiada o reemplazada por la de la Legación de Chile. En efecto, el afianzamiento de las libranzas no tuvo otro fin que la entrega de las mercancías, y como éstas no les fueron entregadas, la finaza no tuvo objeto; no siendo legal ni equitativo exigir hoy su cumplimiento, ya que la obligación correlativa, o sea la entrega de las mercancías, no se verificó, y que la fianza fue sustituída por la de la Legación de Chile, pues fue únicamente en virtud de esta garantía o afianzamiento que fueron entregadas las mercancías en cuestión.

"Que es discutible la forma de fianza que aceptaron los funcionarios mencionados a la Legación de Chile, es cosa aparte, pero en todo caso, es evidente que ella fue aceptada y que, consecuencialmente, fueron relevados de sus obligaciones los excepcionantes.

"Por consiguiente, hay que concluír, en mi concepto, que las excepciones en cuanto a 'carencia de acción' o 'inexistencia de la obligación' deben declararse probadas y ordenarse la suspensión del juicio y el desembargo de los bienes sujetos a la traba ejecutiva".

Considera la Corte:

La obligación contraída por los señores Enrique de Narváez y Eduardo Gamboa, al afianzar a la Sociedad Exportadora Chileno-Colombiana E. Bonitto & Cía., con respecto al pago que ésta debía hacerle al Tesoro Nacional de la suma proveniente de los derechos de aduana originados por la introducción de unas mercancías, tuvo por causa y como finalidad primordial la entrega inmediata que de tales mercancías retenidas debía hacerse a E. Bonitto & Cía.

Ahora bien: tal entrega no se realizó, no obstante el afianzamiento hecho, lo que dio lugar a la intervención diplomática del señor Ministro de Chile. Y en tal virtud surgieron los siguientes documentos, que en copia auténtica han sido debidamente aportados a los autos:

"Bogotá, 27 de agosto de 1919.—El suscrito, Tesorero General de la República, certifica: Que en los archivos de esta Tesorería General existe el siguiente documento original: 'Legación de Chile.—Bogotá, 30 de noviembre de 1927.—Señor Ministro.—En conformidad a lo estipulado con Vuestra Excelencia por el digno conducto del señor Ministro de Relaciones Exteriores, le ruego que, si lo tiene a bien, se sirva impartir las instrucciones necesarias a fin de que la Casa Pineda López & Cía., de esta capital, proceda a entregar sin dilación al señor don Eduardo Bonnitto, Gerente de la 'Sociedad Exportadora Chileno-Colombiana', los 1,404 bultos que en sus bodegas existen consignados a ella, haciéndose esta Legación responsable (subraya la Corte) del pago de los $ 8,301.18 oro que, por derechos aduaneros, la expresada Sociedad queda adeudando al Tesoro Nacional. Al agradecer desde luego a Vuestra Excelencia cuanto quiera disponer para dar una rápida solución a las dificultades con que en este negocio se tropieza, aprovecho complacido la oportunidad para ofrecerme a Vuestra Excelencia como su más obsecuente y S. S. (firmado), Horacio Fernández. (Hay un sello).—Excmo. señor don Pedro Blanco Soto, Ministro del Tesoro.—S. D.'—Esta nota fue registrada en la Sección 1ª, el 6 de diciembre de 1917, bajo el Nº 10222, y tuvo la siguiente sustanciación: 'Bogotá, 6 de diciembre de 1917. Ministerio del Tesoro.—Pase a la Tesorería General para que se atienda en lo posible la anterior solicitud de la Legación de Chile, que de manera muy especial recomienda este despacho a la Tesorería. El Ministro (firmado), Blanco S.'—'Diciembre 13, 1917. Con fecha 5 del presente se dio la orden del caso a los señores Pineda López & Cía. (Firmado), Bravo'. El Tesorero General (firmado), Pablo E. Murcia. (Hay un sello)". (Folio 80, cuaderno número 2).

"Bogotá, julio 9 de 1918.—El suscrito, Tesorero General de la República, certifica: que el 16 de enero del presente año, a solicitud del señor Juan Barriga, Cónsul General de Colombia en Chile, se expidió el siguiente certificado: 'Tesorería General de la República.—Bogotá, 16 de enero de 1928. A petición del señor don Juan Barriga, Cón-

sul General de Colombia en Chile y Enviado Comercial del Gobierno de Chile, certifico: Que con fecha 18 de diciembre del año pasado se dirigió esta Tesorería a los señores Pineda López & Cía., autorizándolos para entregar varios bultos llegados al señor Eduardo Bonitto, Gerente de la Sociedad Exportadora Chileno-Colombiana, por haberse hecho responsable la Legación de Chile (subraya la Corte) del pago de los derechos aduaneros, que ascienden a la suma de $ 8,301.18, de conformidad con lo solicitado por el señor Fernández en oficio de fecha 30 de noviembre del año pasado, dirigido al señor Ministro de Relaciones Exteriores. Por el Tesorero General, el Contador Interventor (Fdo.), Juan de Dios Bravo'. El Tesorero General (Fdo.), Pablo E. Murcia. (Hay un sello)". (Folio 1, cuaderno Nº 7).

Aparece, pues, establecido claramente en documentos oficiales, el hecho de que sólo en virtud de la gestión realizada por el diplomático chileno, y de "haberse hecho responsable la Legación de Chile del pago de los derechos aduaneros, que ascienden a la suma de $ 8,301.18", fue ordenada la entrega de los bultos de mercancías a la Sociedad Exportadora Chileno-Colombiana.

Siendo esto así, es lógico concluír que la obligación de responder por el pago de los derechos de importación de los citados efectos comerciables, fue contraída por la Legación de Chile. Así lo comprendió el funcionario que instauró la ejecución, como lo testifica el siguiente oficio dirigido al Ministerio de Relaciones Exteriores:

"República de Colombia.—Ministerio del Tesoro.—Juzgado 1º de Ejecuciones Fiscales.—Oficio Nº 127.—Bogotá, agosto 28 de 1919.—Señor Ministro de Relaciones Exteriores.—Cursa en este Juzgado un juicio ejecutivo contra la Casa de Comercio Chilena que gira con la razón social E. Bonitto & Cía., por deudas al Tesoro Nacional de unas libranzas de derechos de importación cuyo valor principal ascendía a la suma de ocho mil trescientos un pesos diez y ocho centavos oro ($ 8,301.18). Como los bienes de dicha casa que fueron embargados para el pago apenas cubrieron una pequeña parte del crédito en referencia, para completar su valor e intereses de demora, fue preciso dictar mandamiento de pago ejecutivo por el saldo de la deuda contra los fiadores solidarios de la Casa citada, señores Enrique de Narváez y Eduardo Gamboa. Al notificar a éstos el auto ejecutivo han manifestado que no pagan, ni denuncian bienes para el pago, porque la Tesorería General de la República aceptó la promesa de pago que la Legación Chilena hizo al señor Ministro del Tesoro en oficio del treinta de noviembre de mil novecientos diez y siete, relevándolos a ellos, por consiguiente, de la obligación solidaria que como fiadores de E. Bonitto & Cía. habían contraído, y en efecto han exhibido la copia auténtica del referido oficio, expedida por la Tesorería General, en que consta que el Agente Diplomático de Chile acreditado ante nuestro Gobierno, señor Fernández, pide al Ministro del Tesoro se entreguen a los destinatarios en Colombia las mercancías que causaron aquellos derechos de importación, haciéndose la Legación de Chile responsable al pago de la suma valor de dichos derechos, ya indicada, y consecuencialmente, al de los intereses que la demora en el pago de la deuda principal ha dado lugar a que se venzan conforme a las leyes que rigen la materia. Como de la manifestación de los señores De Narváez y Gamboa surge, dada la prueba auténtica que ellos han exhibido, una acción contra la República Chilena para el pago de lo que se adeuda al Tesoro Nacional a cuenta de los derechos de importación en referencia. Me permito poner en conocimiento de Su Señoría estos hechos, a fin de que me indique el procedimiento que este Juzgado debe adoptar para hacer efectiva la recaudación completa de la deuda, pues no encuentro en nuestra Legislación el que deba seguirse en este caso único en que un país, por compromiso espontáneo y expreso de un Agente Diplomático en otro, se constituye deudor de este último de una suma de dinero solidariamente con el deudor principal de quien se exige el pago de ella en juicio ejecutivo.—De Su Señoría atento y seguro servidor (firmado), Julio G. Argüello". (Folio 5º, cuaderno número 6).

Está en lo cierto el señor apoderado del actor cuando en su alegato afirma:

"No me corresponde a mí, como apoderado de quien dejó de ser fiador a la luz de nuestros principios civiles, analizar la forma como se obligara o se otorgara la fianza de la Legación de Chile, porque esto sería penetrar en el derecho internacional; pero en todo caso cualquier deficiencia en la constitución de la fianza, o cualquier irregularidad, o requisito que se pasara por alto en atención a nuestras relaciones con Chile, o de deferencia para con su representante y para con la misma república que así quedaba comprometida, no puede afectar en sus derechos a mi poderdante". (Folio 9º, cuaderno 6º).

Tampoco le corresponde a la Corte entrar a calificar si la actuación de los funcionarios administrativos, que en este negocio intervinieron, fue prudente o censurable;

cuestión que por su naturaleza misma escapa a la esfera de atribuciones de esta Superioridad. Sólo le incumbe determinar si el hecho de la aceptación por parte del funcionario correspondiente de la garantía propuesta por el Ministro de Chile, relevó o no a los señores Gamboa y De Narváez de su obligación primitiva.

Sobre este punto se expresa así el señor apoderado:

"Veamos ahora por qué no existe la obligación contra mi poderdante:

"La fianza, como contrato accesorio que es, no puede existir sin el contrato principal; y éste, a su vez, necesita el cumplimiento por parte del acreedor, para que nazca y produzca efectos la fianza. Así, otorgada que fue —en el caso de estudio— con el único objeto de que se entregaran las mercancías, es indispensable probar que se entregaron en virtud de la constitución de la fianza, para que ésta produjera efecto y obligara al fiador. Más claro: mi poderdante se constituyó fiador de los señores Bonitto & Cía., para que una vez aceptadas las libranzas por éstos se les entregaran las mercancías.

"Pero cumplido con exceso el pago estipulado para cubrir los derechos, y no entregadas las mercancías, subsiste la fianza para ese pago? La respuesta es concluyente: extinguida la obligación principal, por el no cumplimiento por parte de la entidad fiscal de la condición de entregar los 1,404 bultos a los introductores, se extingue a su vez la fianza, según el artículo 2406, ordinal 3º, del Código Civil".

Ilógico e injurídico en grado sumo sería, concluye la Corte, que no habiéndosele reconocido validez por parte de la Nación a la fianza otorgada por los señores Gamboa y De Narváez, para el efecto de la entrega de las mercancías que aquélla debía hacer, ya que éstos garantizaban el pago de los derechos aduaneros causados, se le reconociese ahora sí para exigirles una responsabilidad que en un principio no se les admitió; y que a la postre, por haber sido, como tenía que serlo, ilusoria la contraída por un Agente diplomático, se les pretende exigir coactivamente. Tal tesis pugnaría abiertamente con la equidad y con la noción de causa que debe informar los contratos en su celebración, interpretación y ejecución.

La fianza otorgada por los señores De Narváez y Gamboa no produjo efecto alguno; no en cuanto a la entrega de las mercancías, porque ellas no se entregaron en atención a tal garantía, y no en sí misma, intrínseca y legalmente considerada, porque de modo expreso se le negaron dichos efectos por los funcionarios que la declararon inadmisible. Y habiendo sido rechazada la fianza, negándosele todo efecto para el retiro de las mercancías, mal puede considerarse existente para hacerla efectiva a quienes la suscribieron. La fianza quedó sin valor desde que fue rechazada y no puede, por tanto, deducírsele consecuencias de ningún género.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, 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 inexistencia de la obligación propuesta; y en consecuencia ordena la cesación del presente juicio y el desembargo de los bienes que hayan sido materia de la traba ejecutiva.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de su procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.



APELACION DE UN ACTO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos treinta y cinco.

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

Con fecha 28 de julio de 1927, la Contraloría feneció la cuenta de inversión de la suma de $ 5,286.39, entregada al señor Carlos Betancourt Arango, en su carácter de Contador del Batallón de Tren "Caicedo Nº 3", con destino al pago de las deudas provenientes de los alcances habidos en dicha unidad en el año de 1922 y enero y febrero de 1923, en cumplimiento del Decreto Nº 677 de 30 de abril de 1923. El fenecimiento dejó un alcance de $ 589.91, a cargo del señor Betancourt. El 27 de octubre de 1927, se declaró ejecutoriado el auto y se ordenó pasarlo al Juzgado de Ejecuciones Fiscales.

Con fecha 12 de diciembre de 1927, el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento ejecutivo a favor del Tesoro Nacional y en contra del señor Carlos Betancourt Arango, por el monto del alcance.

El negocio pasó al Juzgado 2º de Ejecuciones Fiscales, y el 24 de abril de 1935 se libró allí orden de pago por la vía ejecutiva contra el señor Julio S. Romero, por la suma de $ 581.91, los intereses y las costas, en su carácter de fiador solidario y mancomunado del señor Carlos Betancourt Arango, conforme a la escritura de fianza número 41, otorgada en Pitalito el día 24 de febrero de 1923, ante el Notario principal de ese circuito. Notificado el auto ejecutivo, el señor Romero apeló de él y el recurso le fue concedido en el efecto devolutivo para ante la Corte. Agotada la tramitación de la segunda instancia, se pasa a fallar el asunto, previas las siguientes consideraciones:

El señor Romero se constituyó fiador solidario del señor Carlos Betancourt Arango con las formalidades legales, y por tanto es responsable de los alcances que se deduzcan en contra de su fiado por el desempeño de su cargo, desde el momento en que suscribió la escritura de caución. En consecuencia, el auto ejecutivo dictado por el señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales y que ha sido materia de la apelación, es jurídico, de acuerdo con el artículo 1059 del C. J.

El doctor Bernabé Riveros, apoderado del señor Julio S. Romero, pide que se revoque el auto ejecutivo, "a efecto de que el juez ejecutor obtenga los datos y elementos legales precisos para enderezar la ejecución", según dice. Se apoya en el artículo 2373 del C. C., que establece que "la fianza no se presume, ni debe extenderse a más que el tenor expreso", y concreta así los argumentos que sirven de base a su petición:

"En el caso de autos el título ejecutivo consiste en el fenecimiento Nº 138 de 28 de julio de 1927 de la Contraloría Nacional, dictado en contra de Betancourt como Contador del cuerpo militar acantonado en Neiva, fenecimiento que declara un alcance de $ 589.91 que dejaron de figurar en la cuenta de inversión de la suma de $ 5,286.39 (año de 1922; enero y febrero de 1923)", según el propio fenecimiento y el auto ejecutivo contra Romero.

"Pues bien, la escritura de fianza otorgada en Pitalito lleva fecha 24 de febrero de 1923, y en ella se expresa: "Primero. Que por decreto Nº 89 de fecha 26 de enero del corriente año del Poder Ejecutivo, el exponente fue nombrado Contador del Batallón de Tren 'Caicedo Nº 3', acantonado en Neiva...", declaración tomada de la Nº 231 de 5 del mismo febrero de la Notaría 1ª de Bogotá, sobre poder para suscribir la fianza en Pitalito, en representación de Betancourt, es decir, que la fianza se va a referir y se refirió al nombramiento citado y al ejercicio posterior del mismo.

"Esta circunstancia está clara y lógicamente expresada en el punto tercero de la escritura, en estos términos: "El compareciente Romero: que se constituye fiador del señor Carlos Betancourt Arango .. para responder del manejo de éste en el desempeño del cargo que va a ejercer de Contador del Batallón..."

"Hay, por consiguiente, una visible oposición entre las épocas del alcance y la del título de fianza; y ésta se ha retrotraído en su garantía por el empleado ejecutor, con visible quebranto de las normas estatutarias de este fenómeno jurídico.

"Mi mandante, Julio S. Romero, sólo está obligado a responder del manejo de su fiado Betancourt a partir del día del registro de la escritura de fianza ante la correspondiente oficina, es decir, de los últimos días de febrero de 1923 en adelante, y ya se ve que el alcance se refiere a época anterior".

La Sala observa:

El auto ejecutivo dictado contra el señor Romero, como fiador del señor Betancourt, no le da efecto retroactivo a la fianza. El fenecimiento fue dictado en el año de 1927, y se refiere a la inversión de la suma de $ 5,

286.39, entregada al pagador para cancelar las deudas del Batallón de Tren "Caicedo Nº 3", contraídas en el año de 1922 y enero y febrero de 1923. El pago de esas deudas se autorizó por decreto número 677 de 30 de abril de 1923, cuando ya el señor Romero era fiador del señor Betancourt, y el dinero —como es obvio —le fue entregado al pagador con posterioridad al decreto. En el particular ha habido una confusión de parte del señor apoderado, porque él ha entendido que el alcance se refiere a manejo de fondos con anterioridad a la fecha de la fianza, y esto no es lo que ocurre, como puede verse en el fenecimiento de la Contraloría, que figura en el folio primero del cuaderno principal.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, confirma el auto ejecutivo apelado y ordena que siga adelante el juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

APELACION DE UN AUTO

Por el hecho de que una providencia judicial declare que no es el caso de adelantar una ejecución en que tiene interés la Nación, no puede afirmarse que ella anuncie una obligación contra aquélla, sino simplemente la conclusión de que no está fundada una acción que pueda favorecer al fisco nacional. La disposición referida del Código Judicial (artículo 508) lo que ha querido es que sean revisadas aquellas sentencias que afecten en forma directa el patrimonio de la Nación, decretando en contra de ésta obligaciones claras y precisas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos treinta y cinco.

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

Con fecha 1º de marzo de 1935, la Administración P. de Hacienda Nacional de Medellín revocó el auto ejecutivo dictado contra la sociedad Escobar Osterrieth & Cía., para hacer efectiva la suma de $ 2,826.00 por impuesto sobre la renta en el año de 1932, y en consecuencia, absolvió a la entidad demandada de los cargos que se le hicieron. Esta providencia fue notificada al representante de la sociedad el 16 de marzo de 1935.

El 24 de agosto de este año, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dirigió un telegrama a la Administración, en el cual le dice que el certificado de paz y salvo a la sociedad nombrada no puede expedirse antes de dar cumplimiento a la Resolución número 293 de la Jefatura de Rentas que revivió el impuesto sobre la renta del año de 1932, correspondiente a aquella entidad.

El Administrador de Hacienda Nacional, señor Hernando Sanín, en providencia de 23 de septiembre pasado, resolvió reconsiderar el auto de 1º de marzo de este año, dictado por su antecesor, señor Manuel J. Chavarriaga, por no considerarlo legal y conceder en cambio la apelación del auto ejecutivo en el efecto devolutivo.

De esta última providencia apeló el apoderado de la sociedad demandada, y el recurso le fue concedido. De manera que la providencia que está al conocimiento de la Corte por apelación no es el auto ejecutivo, como lo entendió el señor Procurador General de la Nación, sino el auto de fecha 23 de septiembre pasado, que revocó el dictado con fecha 1º de marzo de 1935, que a su vez revocó el auto ejecutivo.

Tramitado el negocio legalmente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Entre las atribuciones de esta Sala, señaladas por el artículo 37 del C. J., figura la de conocer en segunda instancia de los recursos de apelación y de las consultas de los autos dictados por funcionarios nacionales investidos de jurisdicción coactiva. Por consiguiente, esta entidad tiene competencia para conocer del recurso interpuesto contra el auto de fecha veintitrés de septiembre pasado, dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín.

El auto de fecha primero de marzo de este año, dictado por la oficina nombrada, quedó notificado el 16 del mismo mes. Tal auto es interlocutorio, de conformidad con el art. 466 del C. J., y tiene fuerza de sentencia,

al tenor del artículo 467 del mismo texto, porque hace imposible la continuación del juicio.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Administrador de Hacienda Nacional de Medellín carecía de facultad para reformar o revocar tal providencia, porque el artículo 482 del C. J. dice que la sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Pero aun suponiendo que se tratara de un simple auto de sustanciación, tampoco podía revocarse o reformarse una vez ejecutoriado. Por tanto, el auto apelado no es jurídico y debe ser revocado.

El Administrador de Hacienda considera que el auto de primero de marzo citado no estaba en firme, por cuanto no había sido consultado, de acuerdo con el artículo 508 del C. J., que establece que "las sentencias que declaren alguna obligación a cargo del Estado, los Departamentos o los Municipios, en primera instancia, deben ser consultadas con el superior".

Sobre esto se observa:

No tiene razón el empleado referido, porque la providencia de que se trata no declara obligación alguna a cargo de la Nación ni de ninguna otra entidad. Se limita a establecer que no hay base legal para el mandamiento ejecutivo y que, por tanto, se debe revocar, lo cual es completamente distinto. Por el hecho de que una providencia judicial declare que no es el caso de adelantar una ejecución en que tiene interés la Nación, no puede afirmarse que ella envuelve una obligación contra aquélla, sino simplemente la conclusión de que no está fundada una acción que puede favorecer al fisco nacional. La disposición referida del Código Judicial lo que ha querido es que sean revisadas aquellas sentencias que afecten en forma directa el patrimonio de la Nación, declarando en contra de ésta obligaciones claras y precisas.

Sobre este particular dijo la Corte, en auto de fecha 22 de agosto pasado:

"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".

Considera igualmente el Administrador de Hacienda que el auto es condicional, pues se basa en la Resolución Nº 3 de esa oficina, de fecha 23 de enero de 1935, la cual fue improbada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por Resolución Nº 293, de fecha 25 de febrero pasado. En primer lugar, el auto que revocó el mandamiento ejecutivo es de fecha posterior a las dos Resoluciones citadas, y en segundo, tales providencias se refieren a una cuestión distinta del mandamiento ejecutivo. No es el caso de entrar a estudiar la legalidad de tales actos; pero es obvio que si de acuerdo con ellos la Administración de Hacienda debía iniciar alguna actuación, el procedimiento empleado no era el procedente, pues ya se ha visto que dicha oficina carecía de facultad para revocar un auto ejecutoriado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, revoca el auto apelado, de fecha veintitrés de septiembre pasado, dictado en estas diligencias por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín, y en su lugar dispone que se esté a lo resuelto por la misma oficina en auto de primero de marzo de este año.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

INCIDENTE SOBRE NULIDAD

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales fue creado por la ley para administrar los ferrocarriles de propiedad nacional, "con una base comercial", y quizá por eso se le dotó también de personería jurídica para que pudiera intervenir ante los Tribunales cuando lo estimare conveniente; pero esa facultad se le dejó de manera potestativa, al decir que PODRA PRESENTARSE ante ellos y ejercitar cualquiera acción o excepción. De modo que el ejercicio de esa facultad no implica que el Fiscal del Tribunal y el Procurador General de la Nación no puedan también representar debidamente a entidades que administren bienes pertenecientes a la Nación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veintinueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el presente juicio ordinario promovido por el señor Luis Preciado contra el Ferrocarril del Pacífico y otras personas, sobre reivindicación de dos inmuebles ubicados en esta ciudad de Bogotá, está para resolver el incidente sobre nulidad propuesta por el señor Procurador General de la Nación fundado sobre el hecho de no haberse tenido como parte en el pleito al Consejo Administrativo de Ferrocarriles Nacionales, representado por el Administrador General en virtud de lo prevenido en los artículos 1º y 2º de la ley 29 de 1931, que creó el Consejo Administrativo de Ferrocarriles Nacionales.

Dicha ley expresó que la entidad últimamente nombrada disfrutará de las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma, con facultad para presentarse ante los Tribunales y autoridades de cualquier orden, y con derecho para ejercitar cualquier acción o excepción que considere conveniente para la buena administración y desarrollo de los bienes confiados a su cuidado. Y con este fundamento, el señor Administrador del Consejo mencionado expresa que no se allana a la causal de nulidad alegada en el juicio, por haberse adelantado la actuación sin su conocimiento hasta ahora, cuando se le ha dado traslado del incidente de nulidad.

La empresa del Ferrocarril del Pacífico tuvo como representante legal en el pleito en su primera instancia al señor Fiscal del Tribunal Superior, y ha tenido ante la Corte, en esta última instancia, al señor Procurador General de la Nación, en virtud de lo prevenido por los artículos 160 y 176, regla 3ª, de la ley 105 de 1931.

Por ello considera la Corte que no hay defecto de representación en este juicio por parte de la empresa del Ferrocarril, por haber llevado únicamente la voz el señor Fiscal del Tribunal Superior y el señor Procurador General de la Nación. Otra sería la situación jurídica si la empresa del Ferrocarril no hubiera podido quedar representada por los funcionarios nombrados, pero ellos ejercieron válidamente la representación de la Nación, dueña de la empresa demandada, sin perjuicio de la representación que al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles le confirió la ley 29 de 1931.

El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles fue creado por la ley para administrar los ferrocarriles de propiedad nacional "con una base comercial", y quizá por eso se le dotó también de personería jurídica para que pudiera intervenir ante los Tribunales cuando lo estimare conveniente; pero esa facultad se le dejó de una manera potestativa, al decir que podrá presentarse ante ellos y ejercitar cualquier acción o excepción. De modo que el ejercicio de esa facultad no implica que el señor Fiscal del Tribunal y el señor Procurador General de la Nación no puedan también representar debidamente a entidades que administren bienes pertenecientes a la Nación.

Tal cosa es lo que ha acontecido en este juicio, en que el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales ha venido a hacerse presente en la segunda instancia de él y a virtud del incidente de nulidad alegado por el señor Procurador General de la Nación. Pero esa representación debe aceptarse para el juicio, en el momento en que se ejercita, sin que haya necesidad de retrotraer el procedimiento para la actuación adelantada sin intervención del Administrador General de Ferrocarriles.

La misma naturaleza del pleito, encaminado a discutirle a la Nación la propiedad de una finca raíz que disfruta el Ferrocarril del Pacífico, está indicando que el juicio estuvo bien ordenado al dirigirse la demanda contra el señor Fiscal del Tribunal Superior, como representante de la Nación, ya que la Nación es hasta ahora la dueña de los bienes a que el pleito se refiere, en tanto que el Consejo de Ferrocarriles los ad-

ministra. Este ejecuta actos de carácter administrativo; la Nación conserva la facultad de ejercitar los de naturaleza dispositiva, y a estos últimos se acomoda su intervención en el juicio de que se trata, en el cual, si prosperase la demanda, la Nación se vería privada del dominio de bienes que hoy están en su patrimonio.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, estima que no es el caso de decretar la causal de nulidad alegada en este pleito, y así lo resuelve.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

INCIDENTE DE NULIDAD

Muerta una persona, los títulos ejecutivos contra ella han de notificárseles a sus herederos; si eso no se hace y se sigue el juicio ejecutivo, lo actuado en esa parte es nulo, mas no la actuación anterior.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y cinco.

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

En el juicio ejecutivo que adelanta contra la sucesión del señor Juan Izquierdo Toledo la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, el doctor Eduardo Piñeros y Piñeros, como apoderado legal de las señoras María Toledo v. de Izquierdo, María Ignacia Izquierdo v. de Reyes y Cecilia Izquierdo de Uribe, pidió la nulidad de lo actuado en el juicio. Se funda en que la sucesión fue liquidada y protocolizada y desaparecieron, por consiguiente, tanto la persona natural del demandado como la persona jurídica sucesora, sin que haya hoy sujeto contra quién seguir la ejecución; y además, en que en el juicio no se ha cumplido con lo que dispone el artículo 1,434 del C. C.

En auto de fecha once de octúbre pasado, la Administración de Hacienda declaró nula la actuación hecha con posterioridad a la muerte del ejecutado, y ordenó mantener en pie las diligencias anteriores, por considerarlas ajustadas a la ley.

La providencia mencionada fue apelada por el doctor Piñeros y como está agotada la tramitación legal, se pasa a fallar el recurso, previas las siguientes consideraciones:

El señor Procurador General de la Nación expresó así su concepto:

"La Recaudación de Hacienda Nacional de Bogotá adelanta una ejecución en contra del señor Juan Izquierdo Toledo, por valor del impuesto sobre la renta en los años de 1924 a 1928.

"Pero ocurre que los diversos autos ejecutivos no han sido notificados legalmente, que el señor Izquierdo Toledo, según la partida de defunción expedida por el señor Cura de la Parroquia de La Veracruz, falleció el 12 de julio de 1931, y que según información notarial, la sucesión fue protocolizada en noviembre de 1928, habiéndose acompañado la prueba de estar a paz y salvo con el Tesoro Nacional por concepto de impuesto sobre la renta.

"En presencia de estas circunstancias, el apoderado de la madre del señor Izquierdo Toledo solicitó la declaratoria de nulidad del juicio, pero como la Recaudación sólo accedió a decretarla en parte, o sea desde el auto ejecutivo de 26 de febrero de 1932 en adelante, apeló de tal decisión para ante esa honorable Corporación.

"El suscrito considera que la Recaudación ha procedido bien al abstenerse de decretar la nulidad total del juicio por los motivos expuestos, pero considera que el recurrente sí puede obtener la extinción de la presente acción en el incidente de excepciones que la ley le brinda.

"Mientras tanto, conceptúo que debéis confirmar el auto que ha sido materia de apelación".

La Sala observa:

El auto apelado es jurídico en cuanto declaró la nulidad de lo actuado desde el fallecimiento del señor Juan Izquierdo Toledo, de conformidad con el artículo 451, numeral 3º, del C. J., y con el artículo 1434 del C. C., disposición esta última que establece que para que los títulos ejecutivos contra el difunto lo sean igualmente contra los herederos, los acreedores deben notificarlos judicialmente con ocho días de anticipación

a la iniciación de la ejecución o seguimiento de la misma.

También es jurídico el auto apelado en cuanto declara en pie las diligencias anteriores, porque los autos ejecutivos dictados contra el señor Izquierdo con anterioridad a su fallecimiento, son legales, al tenor del artículo 1,053 del C. J. Si los representantes de la sucesión del señor Izquierdo tienen acciones que oponer a los mandamientos ejecutivos de que se ha hecho mención, la oportunidad para hacerlo es el incidente de excepciones que pueden iniciar dentro del término legal, como lo dice el señor Procurador en el concepto que la Sala acoge.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

No puede aceptarse que una oficina recaudadora modifique una liquidación de impuestos o la adicione cuando ya se ha pagado, sin darle aviso al interesado para que éste pueda presentar sus descargos o interponer los recursos que la ley le otorga. Una providencia que se dicte contrariando estas normas jurídicas, es ilegal, porque arrebata a la persona interesada el derecho de ser oída y vencida en juicio. La Corte no debe limitarse a examinar la parte formal de la providencia que sirvió de base al recaudo ejecutivo, sino que debe estudiarla a fondo para saber si al dictarla se cumplieron las disposiciones legales, y si de ese estudio resulta que se ha quebrantado el derecho, declarar que no puede tal providencia servir de base al juicio ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos treinta y cinco.

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

La Administración de Hacienda Nacional de Medellín, por medio del reconocimiento número 1, de 3 de junio de 1931, declaró a favor de la Nación y a cargo de la Cervecería Antioqueña Consolidada en liquidación la cantidad de $ 24,401.16, valor del impuesto correspondiente a la diferencia dejada de pagar por la expresada Compañía en los meses de marzo a agosto, inclusive, de 1929, por razón de las ventas de cervezas efectuadas en ese período, cuyo impuesto fue liquidado de acuerdo con la tarifa para las ventas con envase, debiendo haberse aplicado la tarifa para las ventas sin envase.

El mismo día 3 de junio de 1931, la citada oficina libró mandamiento ejecutivo por la expresada suma contra la Compañía. Notificado el representante de ésta, apeló del auto ejecutivo y la Corte, en providencia de fecha 4 de febrero de 1932, dispuso devolver el expediente a la oficina de origen para que se comprobara por el funcionario ejecutor la existencia legal de la sociedad ejecutada y la personería del señor Ramón A. Restrepo, de acuerdo con los artículos 40 y 41 de la ley 28 de 1931.

Practicada la diligencia ordenada por la Corte, el negocio volvió a esta superioridad para el conocimiento de la apelación interpuesta contra el auto ejecutivo. Agotada la tramitación legal, se procede a decidir el recurso, previas las siguientes consideraciones:

El doctor José J. Gómez R., apoderado de la entidad demandada, en memorial presentado oportunamente ante la Sala, alegó, para sostener la revocación del auto ejecutivo, los siguientes motivos: 1) El Administrador de Hacienda Nacional no cumplió lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia, y 2) El Administrador no tenía facultad para dictar el reconocimiento Nº 1, y menos para hacerlo sin oír a la parte interesada.

Primer punto

Sobre la primera cuestión propuesta, el doctor Gómez dice:

"En el auto de 4 de febrero de 1934 dice la honorable Corte que el empleado ejecutor debió comprobar la existencia de la sociedad demandada y la personería de su representante, según los arts. 40 y 41 de la ley 28 de 1931, y dispuso, en consecuencia,

devolver el juicio, para que se cumpliera lo ordenado por los citados preceptos.

"El Administrador de Hacienda mandó ejecutar lo resuelto por la honorable Corte; pero, como aparece de la nota Nº 194, de 26 de febrero de 1932, circunscribió su tarea al certificado de que trata el artículo 41 de aquella ley, y la Cámara de Comercio de Medellín lo rindió refiriéndose exclusivamente a este precepto, es decir, qué "por escritura Nº 1591, de 20 de junio de 1930, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, registrada en el Juzgado 3º Civil del Circuito el día 20 de junio de 1930, y por la cual se disolvió la Compañía Antioqueña Consolidada, fueron nombrados liquidadores de dicha sociedad, principal y suplente, los señores Ramón A. Restrepo y Raúl Sánchez".

"Si la honorable Corte dispuso que se obrara como lo disponen los artículos 40 y 41 de la ley 28 de 1931, el ejecutor debió cumplirlo, sin limitarse al certificado previsto en el segundo de dichos preceptos".

La Sala observa:

El artículo 40 de la ley 28 de 1931 citado por la Corte, dice que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad comercial, bastará un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, sellado con el sello de ésta, en que consten el número, fecha y Notaría de la escritura de constitución y las demás indicaciones generales que la ley exige para los extractos. El artículo 41 habla de que una certificación análoga constituye prueba suficiente de la personería.

En el presente caso la acción fue dirigida contra la sociedad anónima denominada "Cervecería Antioqueña Consolidada en Liquidación". El certificado expedido por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Medellín menciona la escritura de disolución de la sociedad y además suministra los datos sobre el nombramiento de liquidadores. La Sala estima que el certificado en cuestión es suficiente prueba de la situación jurídica de la sociedad demandada y de la personería de su representante, sin que sean necesarias otras diligencias que sólo contribuirían a dilatar el procedimiento.

Punto segundo

Las razones principales expuestas por el apoderado de la entidad ejecutada para sostener que el Administrador de Hacienda carecía de facultad para dictar el reconocimiento Nº 1, son las siguientes:

"La Compañía había pagado el impuesto de consumo correspondiente a los meses de marzo a agosto, inclusive, de 1929, como pagó todos sus impuestos. El pago se hizo sobre la liquidación que previamente verificó el Administrador de Hacienda. En esa liquidación fue oída la Compañía, de conformidad con las reglas que gobiernan la tasación y la liquidación de los tributos públicos.

"Más tarde la Administración de Hacienda estimó que se había incurrido en error en aquella liquidación, y mediante un cuadro cuyos antecedentes no aparecen en la Administración, según lo dice el propio Administrador en certificado que se acompaña, y sin oír a la Compañía, dictó el mencionado reconocimiento Nº 1, por la suma de $ 24,401.16. Sobre el reconocimiento no cabía más que una medida: el auto ejecutivo.

"Los textos legales sobre impuesto de consumo, vigentes cuando fue dictado el reconocimiento, no contenían precepto alguno que autorizara una tasación y liquidación nuevas. Basta recorrer las leyes y decretos reglamentarios, y basta observar que el reconocimiento no cita ninguno. El Administrador dictó ese reconocimiento sin poder legal, sin facultad ninguna; volvió sobre una liquidación verificada según todas las prescripciones de la ley y sobre un pago hecho por la Compañía en cumplimiento de esa liquidación. El Administrador carecía de ese derecho; no había precepto, ni de ley, ni de decreto ni de estatuto alguno, que se lo otorgara. Hizo una nueva tasación, como a bien tuvo, sin dejar razón de ella, como consta del certificado que acompaño y mediante un solo cuadro escueto".

Lo manifestado por el apoderado en el escrito anterior, está de acuerdo con lo que aparece de autos. Con el alegato fue presentado un certificado que dice así:

"El suscrito Administrador de Hacienda Nacional de Antioquia, certifica: Que en esta Administración no quedó ningún documento de los que sirvieron de base al cuadro de fecha de mayo de mil novecientos treinta y uno, en que se dedujo un saldo débito en contra de la Cervecería Antioqueña Consolidada, por veinticuatro mil cuatrocientos un pesos con diez y seis centavos ($ 24,401.16), y que, según informe del señor don Domingo Duque, quien en su carácter de Jefe de Impuestos Nacionales firmó el cuadro referidio, éste fue el resultado de un detenido estudio y comparación que él personalmente hizo de los libros de contabilidad de aquella empresa, que le fueron presentados por el Contador de ella, y las relaciones mensuales presentadas a esta Administración por la misma Cervecería.—Medellín, 13 de agosto de 1935.—Juan Manuel Restrepo R."

Antes de regir el Decreto Legislativo Nº 1118 de 1932, correspondía a los jefes y subjefes de impuestos, —quienes quedaron, por virtud del decreto 217 de 1926, artículo 4º, con las funciones adscritas antes a los Inspectores Seccionales—, visitar las fábricas de productos sujetos al impuesto de consumo y examinar la tasación y pago de los gravámenes. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público dictaba las medidas necesarias en defensa de los intereses del fisco, en los casos de errores en las liquidaciones, y contra sus resoluciones quedaba a los interesados el recurso contencioso administrativo. De manera que la Administración de Hacienda, en el caso que se estudia, ha debido someter al Ministerio la liquidación adicional del empleado visitador, o por lo menos notificar la providencia a la entidad interesada para que ésta ejercitara los derechos legales, antes de dictar el mandamiento ejecutivo, si es que consideraba de su competencia el pronunciamiento del reconocimiento.

El numeral b) del artículo 23 del Decreto Legislativo Nº 1118 de 1932, les dio a los Inspectores de Rentas e Inspectores Nacionales, como agentes inmediatos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la siguiente atribución:

"Revisar la tasación y liquidación de rentas e impuestos y hacer las modificaciones pertinentes por medio de resoluciones motivadas, cuando no las encuentren ajustadas a las disposiciones legales. Contra tales resoluciones los interesados podrán interponer recurso de apelación ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de los cinco días siguientes a su notificación".

Quedó, pues, reglamentado el punto de manera clara. El mismo hecho de que se dictara la disposición transcrita, indica que era necesario definir la cuestión y señalar la competencia para resolver los casos de liquidaciones de impuestos hechas en forma perjudicial para los intereses del fisco; y el procedimiento no podía ser otro que aquel que permita la defensa de la persona o entidad interesada, la cual tiene a su favor el antecedente muy apreciable de la primitiva liquidación, hecha por el funcionario respectivo en la oportunidad debida, y del pago del impuesto correspondiente.

La Administración de Hacienda Nacional, con anterioridad al Decreto Nº 1118 de 1932, carecía de facultad para dictar reconocimientos por liquidaciones adicionales de impuestos, y menos sin conocimiento de la persona o entidad interesada. En el caso presente, el procedimiento se hace más extraño todavía si se tiene en cuenta que el reconocimiento se hizo el 3 de junio de 1931, por la diferencia dejada de pagar en los meses de marzo a agosto, inclusive, del año de 1929, es decir, dos años después de pagado el impuesto que la Administración había liquidado y cuando ya la Compañía había entrado en liquidación. No puede aceptarse que una oficina recaudadora modifique una liquidación de impuestos o la adicione cuando ya se ha pagado, sin darle aviso al interesado para que éste pueda presentar sus descargos o interponer los recursos que la ley le otorga. La ley concede facultades a algunos empleados para la fijación del monto de los impuestos, mediante determinadas condiciones y dentro de ciertos plazos. Pero una vez pagada una contribución de conformidad con la liquidación hecha por la autoridad competente, es obvio que no se pueden hacer nuevas calificaciones por la misma causa, alegando deficiencia o errores, sin la correspondiente actuación administrativa que permita la defensa amplia y oportuna del contribuyente. Una providencia que se dicte contrariando estas normas jurídicas, es ilegal, porque arrebata a la persona interesada el derecho de ser oída y vencida en juicio.

Estima el señor Procurador que el reconocimiento reúne las condiciones que exige el art. 1096 del C. J. y que por tanto debe confirmarse el auto ejecutivo. A esto se observa, como ya se ha dicho otras veces, que la Corte no debe limitarse en estos casos a examinar la parte formal de la providencia que sirvió de base al recaudo ejecutivo, sino que debe estudiarla a fondo para saber si al dictarla se cumplieron las disposiciones legales, y si de ese estudio resulta que se ha quebrantado el derecho, declarar que no puede tal providencia servir de base al juicio ejecutivo.

Por las razones anteriores, la Sala llega a la conclusión de que se debe revocar el auto apelado y ordenar la suspensión del juicio ejecutivo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, revoca el auto ejecutivo apelado y en consecuencia ordena la suspensión del juicio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

ACCION PETITORIA SOBRE PAGO

En las demandas contra las entidades de derecho público la carga probatoria no deja de corresponder, por lo general, al actor, aunque el Agente del Ministerio Público que representa a esas entidades pretenda confesar.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veintiséis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Los señores Francisco López y Pedro Uribe Mejía, por libelo de veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y tres, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales demandaron al departamento de Caldas, para que con citación y audiencia del Fiscal de aquella corporación se condenara al demandado a pagar a los actores la cantidad de doscientos setenta y cuatro (274) sacos de café pergamino de buena calidad, con un peso de diez y siete mil quinientos diez (17,510) kilogramos, y los perjuicios que se fijaran durante la litis, causados a los demandantes por no haberles entregado el departamento demandado oportunamente los sacos de café.

En subsidio pidieron que se condenara a la entidad demandada a pagar el precio que la dicha cantidad de sacos de café tenía en la época en que debió ser entregada, y los perjuicios del caso.

Adelantado el asunto convenientemente, el tribunal lo decidió, en sentencia de veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, absolviendo a la parte demandada y condenando en costas a los actores.

Del fallo se apeló, motivo por el cual la Corte conoce del negocio; y como éste se encuentra en estado de ser decidido, a ello se procede.

Las bases principales de hecho del debate son las siguientes:

1ª—El Cable Aéreo del Norte es una empresa pública de transportes, de la que es dueño el departamento de Caldas, y de él está en servicio el trayecto comprendido entre Manizales y Aranzazu.

2ª—En varios días del mes de febrero de 1933, el señor Antonio J. Peláez remitió por dicho cable, desde la estación de Aranzazu, para Manizales, y consignados al demandante Francisco López, varios sacos de café. También el señor Pedro Gómez envió por el mismo cable, desde la estación de Neira, en el expresado mes de febrero, varios sacos de café, para ser transportados a Manizales, y consignados al mismo López.

3ª—Todos los sacos mencionados llegaron a Manizales antes del día diez y siete del mes de febrero ya citado; y de ellos el Administrador del cable entregó la cantidad porque se demanda, a la trilladora "La Manuelita", de la ciudad de Manizales, administrada por el señor Bernardo González.

Todo lo anterior está perfectamente demostrado.

La base de la discusión materia del pleito está en las siguientes cuestiones de hecho:

a)—Que los sacos de café se entregaron a la trilladora "La Manuelita" sin orden ni autorización del consignatario López, ni del codemandante Uribe Mejía; y que dicha trilladora y su administrador González son extraños al contrato de transporte de los sacos de café a ella entregados.

b)—Que ese café estaba destinado a ser beneficiado en la Trilladora Central de Manizales, de propiedad del codemandante Uribe Mejía, con cuyos dineros había sido comprado, y que por no haberle llegado el café sufrió perjuicios la tal trilladora, que tuvo que permanecer inactiva.

c)—Que el café no le fue entregado al demandante López, consignatario, ni a persona ni a entidad recomendada por él para recibirlo.

ch)—Que ambos demandantes reclamaron en repetidas ocasiones los sacos de café, tanto del Administrador del Cable como del Secretario de Obras Públicas del departamento.

Es necesario ver si los hechos que aquí se consideran fundamentales de la litis están comprobados o no.

En esta instancia, el apoderado de los demandantes ha sostenido en su alegato que la carga de la prueba de que los sacos de café se entregaron por el cable a persona diputada por López, correspondía darla al

demandado, tanto más cuanto que el Fiscal, al contestar la demanda, había confesado algunos hechos.

La alegación, en cuanto a las confesiones del Agente del Ministerio Público, si fuere verdad que existen, no es pertinente, porque este funcionario no podía confesar; y si lo hizo, su confesión no perjudica a la parte por él representada, de conformidad con el artículo 173 del Código Judicial.

De consiguiente, las pruebas deben estudiarse sin considerar si de parte del Fiscal hubo o no confesión.

Respecto de lo enunciado en el punto b), que es la razón de la presencia del señor Uribe Mejía como demandante, hay que advertir que esa presencia no se ha justificado, porque no hay prueba de que los sacos de café se hubieran comprado para él. Los testigos Antonio José Peláez y Pedro Gómez (fs. 24 v. y 39 v. del cuaderno de pruebas del demandante) dicen que el café era comprado con dineros que suministraba Pedro Uribe Mejía a Francisco López; pero esta afirmación escueta, sin razones de alguna clase sobre el modo como a los testigos les consta lo que afirman, no es prueba del hecho afirmado. Tampoco se justifica la presencia de Uribe Mejía como co-demandante, porque se diga dueño de la Trilladora Central, para cobrar los perjuicios que hubiera sufrido por el tiempo que esa trilladora permaneció inactiva, porque no se comprobó la calidad de dueño invocada ni los perjuicios alegados.

En cambio, la personería de López sí resulta clara y suficiente para comparecer en este juicio como demandante, porque está demostrado que él era consignatario de varias partidas de café transportadas por la empresa del Cable Aéreo del Norte; por manera que hay que ver si su acción no ha sido enervada en virtud de las pruebas que obran en el juicio.

Con las cartas-guías se ha comprobado plenamente el contrato de transporte ajustado con la empresa del cable (art. 266 del C. de C.). Y como ese contrato obliga al porteador directamente a favor del consignatario, a quien debe entregarle las mercaderías tan pronto como éstas lleguen a su destino (art. 300 ibídem), no cesando su responsabilidad sino cuando las haya entregado a contento de éste (art. 288 ib.), es preciso estudiar si el cable, como porteador, cumplió con las obligaciones de entregar o no al consignatario Francisco López.

Como la empresa aludida, según lo comprobado, entregó los sacos de café a la trilladora "La Manuelita", es necesario analizar si ésta estaba diputada por López para recibir.

Entre López y la trilladora "La Manuelita" había un contrato sobre sacos de café, según se desprende claramente de las declaraciones que aquél hizo en posiciones rendidas durante el juicio. Contestó así al interrogatorio que le formuló la parte demandada:

"Primera.—Cómo es cierto, sí o no, que usted recibió del representante de la casa extranjera Steinwender Stoffregen Corporation, señor Rodolfo Schrader, la suma de tres mil trescientos cincuenta pesos oro, para ser cubiertos por doscientos cincuenta sacos de café que debía usted entregar en la trilladora de 'La Manuelita' de esta ciudad? Contestó.—Yo tenía negocios con la casa a que se refiere la pregunta por conducto del señor Schrader, en virtud de los cuales este señor me anticipaba sumas de dinero para yo pagarle con determinada cantidad de café, en proporción a cada anticipo. Uno de estos anticipos pudo ser por valor de la suma a que se refiere la pregunta; mas como no tengo mis libros aquí en Medellín sino que ellos deben estar en Manizales, no puedo dar una contestación categórica a lo preguntado.

"Segunda.—Cómo es cierto, sí o no, que usted exigió sacos de esa compañía para transportar el café desde Aranzazu y Neira, y en la trilladora de 'La Manuelita' se pagaron los fletes respectivos como otra exigencia suya al dueño del café? Contestó. En el negocio de café que tenía en Manizales, siguiendo la costumbre de la plaza, exigía se me ayudara con algunos empaques para el transporte del café, y al mismo tiempo con empaques míos completaba el número necesario de sacos, y unas veces pagaba yo los fletes de los empaques y otras los pagaba el que me prestaba los empaques".

No niega López que recibía anticipos de dinero de la trilladora "La Manuelita" para pagarlos con café en proporción a cada anticipo; y aun cuando no confesó lisa y llanamente respecto del anticipo de $ 3,350.00 sobre que versó la pregunta, no negó tampoco esa circunstancia, y se contentó con manifestar que "uno de estos anticipos pudo ser por valor de la suma a que se refiere la pregunta". Sobre este punto existe la siguiente prueba:

Declara el señor Rodolfo Schrader (f. 13 del cuaderno de pruebas del Fiscal) así: "Es cierto, porque me consta, que la casa extranjera Steinwender Stoffregen Corporation dio en días pasados al señor Francisco López la suma de tres mil trescientos cincuenta pesos ($ 3,350.00) en varias partidas, por

un lote de 250 sacos de café que éste debía entregar en café pergamino en la trilladora 'La Manuelita' para su beneficio en este establecimiento".

También Bernardo González, administrador de la dicha trilladora, se expresa así (f. 10. Pruebas del Fiscal): "Al punto 4º—Que le consta que tal café fue entregado a la trilladora mencionada, por orden verbal del señor Francisco López y por cuenta de este mismo, para abonar a una cuenta que tenía de 250 sacos de café que debía a Steinwender Stoffregen Corporation, y que había sido traído del Norte en empaques de propiedad de la trilladora, la cual pagó el flete por cuenta y autorización de López".

Asunto fundamental en esta litis es el de que el café se entregó a la trilladora "La Manuelita" sin que ésta hubiera estado autorizada por López para recibir, o sea, que el cable no entregó la carga a este demandante ni a persona autorizada por él para recibir. Esto se afirmó expresamente en el hecho 15 de la demanda, al cual contestó el Fiscal así:

"No es cierto. Muy al contrario de lo que afirma este hecho y el anterior, los cafés mencionados fueron íntegramente entregados a la trilladora 'La Manuelita', administrada por el señor Bernardo González, quien la tiene por cuenta de Steinwender Stoffregen Corporation, sociedad extranjera que tiene en Manizales negocios de café. Y la entrega a esa trilladora se hizo por orden y cuenta del señor Francisco López, quien abonaba así, con dicho café, su valor a una deuda mayor que tenía para con la sociedad extranjera mencionada y con la cual había contraído la obligación de entregarle en los primeros días de febrero, doscientos cincuenta sacos de café excelso, en pago de la suma de tres mil trescientos cincuenta pesos que de aquélla había recibido, en varios cheques, como se comprobará oportunamente. Ese café vino empacado en sacos que había suministrado, en nombre de la casa extranjera, la trilladora 'La Manuelita', quien pagó el flete o desaforo, en nombre de la misma casa..."

Planteado así el debate sobre este hecho fundamental de la acción, la parte actora ha debido destruír las aseveraciones de la demandada, puesto que ésta negó tal hecho en forma absoluta, y dio, además, prueba bastante sobre lo afirmado, como queda visto, consistente en dos declaraciones de testigos y en la manifestación más o menos explícita del mismo demandante.

Aceptándose que el demandante López había recibido de la trilladora 'La Manuelita' una suma de dinero para pagarla en el mes de febrero de 1933 con una cantidad de 250 sacos de café, y que dicha trilladora dio en préstamo el empaque para que se hiciera transportar ese café, según la prueba que se deja analizada, es pertinente deducir que la mencionada trilladora tenía algún derecho para recibirlo, pues resulta más claramente comprobado que ese café se compró con dinero de ella que con el del señor Pedro Uribe Mejía, porque sobre este punto, aseverado en el número 19 de los hechos de la demanda, los dichos vagos de Antonio José Peláez y Pedro Gómez nada demuestran.

Precisa ahora ver si la entrega a la trilladora "La Manuelita" se hizo sin orden ni autorización del demandante López. Sobre esta cuestión existe lo siguiente:

Con la contestación de la demanda, el señor Fiscal presentó veintiuna cartas de porte en que consta la remisión que en distintas épocas se había hecho de sacos de café por el cable, y bajo la consignación de Francisco López. De esas cartas, unas están firmadas por Leonidas Vélez, y otras, por José J. Arias, quienes declararon en juicio haber recibido el café. Ninguna de esas cartas de porte fue firmada por el señor Francisco López.

Los firmantes Vélez y Arias eran choferes, al tiempo de recibir el café expresado en las dichas cartas de porte: el primero, de la trilladora "La Manuelita", y el segundo, de la trilladora "Central". Procede ver si los sacos de café de que tratan esas cartas-guías firmadas por estos señores fueron legalmente entregados por la administración del cable, o si, al contrario, esta empresa no cumplió con sus deberes de porteador.

Entre las cartas referidas se encuentra la número 70, de 6 de febrero de 1933, por cincuenta y dos (52) sacos de café (f. 14 del cuaderno 1º), despachados de Aranzazu. Esta carta-guía fue firmada únicamente por Leonidas Vélez en nombre del consignatario López. Sobre esto reza así el hecho once de la demanda:

"11.—Del café a que se refiere el hecho 3º de esta demanda entregó el Cable Aéreo del Norte, en la estación de Manizales, cincuenta y un bultos a la trilladora 'La Manuelita', de propiedad de Bernardo González, mediante orden que al efecto dio el suscrito Francisco López, consignatario de ese café". (Subraya la Sala).

Pero no sólo la orden verbal de López se dio para la cantidad de sacos de café expresada en ese hecho, sino para otras. Sobre esta circunstancia conviene destacar lo que a continuación va a verse:

a)—El hecho cuarto de la demanda está concebido así: "14.—El suscrito Francisco López, en su calidad de consignatario de los cafés relacionados en esta demanda, tenía dada al Cable Aéreo del Norte la orden de entregarlos a la trilladora Central, de propiedad del suscrito Pedro Uribe Mejía".

b)—Confesó también sobre esto el demandante en posiciones, pues al contestar la pregunta tercera, dijo: "... las remesas que llegaban a mi consignación las destinaba yo para satisfacer los distintos compromisos que tenía pendientes, ordenando a la estación que ese café se entregara a una persona o a otra, según el caso". Entre esos compromisos debió estar el contraído con la trilladora 'La Manuelita', de que se ha hecho mérito, porque al responder a la séptima pregunta, dijo: "personalmente daba las órdenes al cable para distribuir los cafés entre 'La Manuelita' y otros clientes".

c)—Además, en el cuaderno de pruebas del Fiscal existen las declaraciones de Roberto Duque (f. 9 v.) y Jesús Guingue (f. 10), quienes dicen, como introductores de café por el Cable Aéreo del Norte, que esta empresa entrega la carga mediante la sola firma que pone en las cartas de porte el chofer que la recibe. Existen asimismo en dicho cuaderno las declaraciones de los choferes Antonio Gutiérrez (f. 11), Abel Serna (f. 12) y Pastor Ramírez (f. 12 v.), quienes aseveran que en la estación del cable se les han entregado bajo su sola firma en la carta de porte las mercaderías que venían consignadas a las casas con las cuales ellos trabajaban.

d)—El chofer José J. Arias, de la trilladora Central, quien reconoció las firmas puestas en las cartas de porte acompañadas por el Fiscal a la contestación de la demanda, dice a folios 15 del cuaderno expresado: "La razón para yo haber firmado esas cartas que acabo de reconocer, es la de que yo recibía orden de don Francisco López para recibir ese café en la estación del Cable del Norte por cuenta de él y con su orden y para entregar a don José María Uribe Mejía (Chepe), que administraba la trilladora Central. De manera, pues, que ese café lo recibía yo por orden del señor López y para él. Como dije ya, ese café lo recibía yo por orden verbal o escrita de don Francisco López en la estación del Cable del Norte y lo entregaba a la trilladora Central que administraba don Chepe Uribe. Porque hace al rededor de ocho años que trabajo con don Pedro Uribe en distintos oficios, y porque aún trabajo en la trilladora Central, es por lo que afirmo que la mayor parte de los consignatarios de cargamentos de café que se beneficia en tal establecimiento que llegan a las estaciones de los cables dan la orden, ora por teléfono, ora verbalmente y muchas veces personalmente, como lo hacía don Francisco López, de que entregaran el café que les venía por esas vías férreas o aéreas, y entonces yo firmaba las cartas que reconocí cuando en el cable me entregaban el café".

f)—También queda transcrita la declaración de Bernardo González, que confirma el hecho de que López daba órdenes verbales en la estación del Cable para que esta empresa entregara los cargamentos de café que a él venían consignados.

Sin embargo de todo esto, por el apoderado de los demandantes en esta instancia se ha sostenido que la entrega no fue legalmente hecha, porque esas cartas de porte no fueron firmadas por el consignatario López, y que los sacos de café no podían ser entregados al portador de esas cartas de porte, porque ese portador no podía hacerse dueño del café sin un endoso de López.

Se considera: Aquí no se trata de saber si era necesario un endoso de López, puesto en las cartas de porte para que la trilladora "La Manuelita" se hiciera dueña del café, pues a la empresa del cable no podía interesarle el saber si entregaba a esa trilladora como si ella fuera dueña o tan sólo como si fuera diputada para recibir, porque esto compete aclararlo a López y a dicha trilladora, y no a la empresa del cable. Lo que aquí se trata de saber es si López tenía dada orden verbal a la empresa del cable para que ésta entregara el café que a él venía consignado, tanto a la trilladora Central como a "La Manuelita", y si esa empresa hizo una entrega legal a esta última trilladora.

Aparece demostrado con entera claridad que era costumbre en la empresa del cable entregar, merced a orden verbal de los consignatarios, los cargamentos por ella transportados; y también que el demandante López aceptó esta costumbre dando órdenes verbales para que esa empresa entregase el café consignado a él. Evidenciado que López había dado orden verbal al cable para que éste entregase el café a la trilladora "La Manuelita", con la cual tenía aquél compromisos pendientes, a él, como demandante, le correspondía demostrar que había retirado esa orden, y que, sin embargo, contra su expresa disposición, se había entregado el café. Esta obligación le competía naturalmente dentro del principio jurídico de la carga de la prueba, porque si la empresa del cable practicaba la costumbre de entregar la mercadería que transportaba a virtud de orden verbal de los consignatarios, costumbre

aceptada por López, y si éste había conferido una orden de ese modo, la empresa cumplía con su obligación de porteador entregando a quien presentara las cartas-guías, previa la orden verbal del caso. Las cartas de porte fueron presentadas por Leonidas Vélez, chofer de la trilladora "La Manuelita", quien firmó en nombre del consignatario López. Atendiendo a la costumbre de que se ha hecho mérito, y a que la trilladora "La Manuelita" era uno de los clientes para los cuales López había dado orden verbal a la empresa del cable que se les distribuyera el café a él consignado, la entrega verificada a dicha trilladora en manos de Leonidas Vélez, quien presentó y firmó las cartas de porte, fue legal y correcta.

Pero, además de la demostración por parte del actor de que él había retirado la orden verbal que tenía dada a la empresa del cable para que entregara el café a él consignado, habría sido necesario todavía, para que la acción prosperase, que, sabiendo, como sabía él, que el café se había entregado a la trilladora "La Manuelita", según lo aseverado en el hecho 17 de la demanda, enunciara como hecho de ésta la circunstancia fundamental de que la entrega se había verificado sobre cartas de porte falsas o tomadas a él fraudulentamente. Sólo enunciando esa circunstancia y demostrándola, habría podido destruir la situación jurídica que favorecía al demandado, y que emanaba tanto de la costumbre que tenía el cable, y que aceptó el demandante, de entregar los cargamentos que transportaba, previa orden verbal del consignatario y de la presentación de las cartas de porte, como del hecho especial de que esa empresa podía entregar a la mencionada trilladora "La Manuelita", porque para ello había recibido orden verbal, según manifestación del demandante.

Hay más todavía: con la contestación de la demanda presentó el Fiscal una certificación de Bernardo González, administrador de dicha trilladora (f. 22 del cuaderno 1º), la que reconoció el certificante (f. 9 v. del cuaderno de pruebas del Fiscal) y en que asevera que los lotes de café fueron recibidos en la trilladora "por orden y cuenta —dice— del consignatario López"; y agrega: "la firma que aparece al pie de dichas cartas de porte es la del señor Leonidas Vélez, encargado por mí para recibir de la empresa del cable el mencionado café. Declaro, además, que los recibos de trilla correspondientes al mismo café están en poder del señor López, quien personalmente estuvo en la trilladora en el momento en que estaba llegando el café de la estación del cable y se dio cuenta del hecho".

Como el cuasicontrato de litiscontestación se forma no sólo con la demanda y el escrito de contestación, sino que se verifica con esas piezas y todos los demás documentos que se acompañen a ellas, el demandante López ha debido demostrar la falsedad de esa certificación, máxime cuando sabía, porque a nadie le es lícito ignorar la ley, que en las demandas contra las entidades de derecho público la carga probatoria no deja de corresponder, por lo general, al actor, aunque el Agente del Ministerio Público que representa a esas entidades pretenda confesar. De suerte que habiendo llegado con la contestación de la demanda la certificación de González, la parte actora se encontraba obligada a demostrar la falsedad de esa certificación, sin que pudiera ampararse en su propio dicho, consignado en el hecho diecisiete de la demanda, de que González "era extraño al negocio", pues esa certificación, por lo mismo que venía de persona extraña al negocio, tenía fuerza probatoria.

No habiéndose hecho esfuerzo alguno para destruir lo que constituyó la defensa del demandado en el momento de trabarse la litiscontestación, y constando que López aceptaba la costumbre que tenía el cable de entregar la carga previas órdenes verbales, y que él mismo había autorizado verbalmente que se entregase el café a las trilladoras Central y "La Manuelita", hay que concluir que la entrega que el cable hizo a esta última trilladora, aceptando como recibos las cartas de porte firmadas por el chofer de ella, en los términos del artículo 1634 del Código Civil, fue correcta, porque el cable entregó a la trilladora que presentó las cartas de porte, y que era uno de los clientes del consignatario López para los cuales éste había dado órdenes para que se entregara el café.

Y si lo anterior no fuere bastante, todavía habría que aceptar como válida la entrega, porque ésta fue ratificada por López, lo que sería suficiente, según la disposición del artículo 1635 del Código Civil. Esa ratificación se evidencia con las siguientes pruebas:

a)—La certificación de González, que dice que López aceptó el hecho de la entrega del café verificada por el cable a la trilladora "La Manuelita" y que percibió de ésta los recibos correspondientes a la trilla.

b)—La declaración de Leonidas Vélez (f. 11 v. del cuaderno de pruebas del Fiscal), en la que se lee: "Al punto 5º dijo: Es cierto que oí cuando llegó el café de que trata el recibo de 9 de marzo de este año, firmado por don Bernardo González y las cartas reconocidas por mí, que el mismo González

dijo a Francisco López que si el café no era para la Casa lo retirara, a lo que contestó López que lo dejara allí que él arreglaría con la Casa, refiriéndose a la Casa que gerencia o administra en esta ciudad Rodolfo Schrader".

c)—Rodolfo Schrader (f. 26 y siguientes del mismo cuaderno), expone así: "En una ocasión, estando López presente en la trilladora 'La Manuelita' en momentos en que llegaba un café suyo desaforado por nosotros de el cable, le dijo al administrador que ese café no era para Steinstoff, a lo que el administrador le dijo que qué debía hacer en últimas con el café, que si lo quería retirar que bien pudiera. Entonces dijo López que no, que lo dejara en la trilladora para Steinstoff y que él se arreglaría con nosotros. Este arreglo consistió en pedirnos le avanzásemos algunos dineros, lo cual no pudimos hacer por motivos particulares. Don Francisco tuvo, por consiguiente, absoluto conocimiento de que el café entraba a 'La Manuelita', y hubiera podido impedir que el café se beneficiase en dicha trilladora, pues como ya queda dicho, el administrador de ella le preguntó a López qué debía hacer con el café (según lo antedicho) y la contestación de López fue en el sentido de que se dejara el café en 'La Manuelita' ". Más adelante expresa el mismo deponente: "El café en cuestión se empleó en el despacho del lote que nos debía López y a su salida abonámos al interesado el valor del mismo en cuenta. De esto tiene López conocimiento, pues en estos días nos manifestó que como ya había salido el café que nos debía, le hiciéramos el favor de devolverle el documento que al respecto nos había firmado, lo cual sobreentiende que sabe que despachámos el café que entró del Cable del Norte para un contrato pendiente de él. Sabiendo López, por lo tanto, que el café fue beneficiado en 'La Manuelita' y despachado para un lote que nos debía, no entendemos cómo puede escribirle al Jefe de la Estación del Cable, desconociendo el paradero del café que él mismo vio entrar en 'La Manuelita' ".

d)—Es también muy significativa la respuesta que López dio al absolver la pregunta sexta de las posiciones, que dice: "Sexta. Cómo es cierto, sí o no, que usted con los recibos expedidos a su favor en la trilladora 'La Manuelita' por Bernardo González, abonó a la mayor parte de la suma de dinero recibida de la casa extranjera arriba citada y de la suma que los quedó a deber, firmó un pagaré al agente de dicha casa?" "Contestó.—No es cierto, y explico: no es que yo hubiera hecho el abono del café que se retiró sin mi consentimiento de la estación del Cable, sino que 'La Manuelita' o la casa extranjera se abonó ella misma ese café, o su valor. En cuanto al pagaré, se trata de un documento provisional por una suma que la casa consideraba ser un saldo a mi cargo".

Sobre los testigos inmediatamente citados, el señor apoderado de la parte actora sostiene en esta instancia que esas declaraciones carecen de valor por ser los testigos parte interesada. Sin embargo, la misma parte actora sostiene en el hecho 18 de la demanda que la trilladora "La Manuelita" y Bernardo González "son extraños al negocio" de transporte del café. Lo que hay es que éstos aceptan la responsabilidad de haber recibido el cargamento, que es una manifestación con la cual destruyen la pretensión de la parte demandante respecto al departamento de Caldas, y como esa parte demandante quiere no aprovecharse de esa manifestación de responsabilidad, pretende que el departamento demandado no se aproveche de ella en su descargo, cuando ninguna disposición legal se lo impide, pues los declarantes no son la misma parte demandada, ni puede considerárseles impedidos por algún motivo de parcialidad de los establecidos en el artículo 669 del Código Judicial, y no aparece tampoco que la parte actora hubiera intentado tacharlos. La imputación de parcialidad que ahora esa parte les hace es cuestión enteramente nueva en el debate.

De lo hasta aquí expuesto se deduce que la absolución que el Tribunal de primera instancia formuló en favor del departamento demandado está suficientemente justificada. Lo mismo se dice respecto a la condenación en costas de ambos demandantes: En cuanto a Uribe Mejía, éste no probó ni hizo esfuerzo alguno para demostrar el derecho que tenía a entrar como demandante; y en lo que a López se refiere, las razones que quedan expuestas sobre las probanzas del juicio son suficientes para concluír también que es legal la condenación de éste.

No se hace especial condenación en costas, porque en esta instancia se cambiaron algunas apreciaciones de la primera, y, por consiguiente, no se ve una temeridad manifiesta en la apelación.

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia recurrida.

No hay costas en esta instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA DE LA SOCIEDAD URBANIZADORA "LA FAVORITA" Y DEL SR. ROBERTO WILLS CONTRA EL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA SOBRE COBRO DE UNOS PERJUICIOS

Se trata de la remisión de unos perjuicios futuros.—La Corte entiende que ésta no puede referirse a perjuicios indeterminados. Se estudia también la lesión enorme.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleutério Serna R.)

La historia resumida de este juicio, iniciado por la sociedad urbanizadora "La Favorita" y Roberto Wills contra el departamento del Tolima, es como sigue:

1º—El departamento del Tolima celebró el 9 de junio de 1926 un contrato, que fue aprobado por la Ordenanza 52 del 1º de julio del mismo año, emanada de la Asamblea respectiva, con la compañía "El Promotor", por el cual ésta abrió una cuenta corriente a dicho departamento con destino al ferrocarril Ambalema-Ibagué. Entre otras garantías, el departamento comprometió la explotación de ese ferrocarril, "confiándola y entregándola a El Promotor" (art. 3º, Sección 2ª).

Por el artículo décimo-séptimo del contrato mencionado se comprometió el departamento a pagar a la compañía contratista, entre otras cosas, el costo de la obra, quedando incluído en él "todo gasto que El Promotor haga o esté obligado a hacer por causa de perjuicios a personas o cosas, por hecho o por omisión de los empleados de El Promotor o del departamento o de algún subcontratista o de cualesquiera otros perjuicios que El Promotor esté obligado a pagar o llegue a pagar por causa del presente contrato o de su ejecución por El Promotor". Además, por el artículo vigésimo-segundo, el departamento se comprometió a dar sin demora los pasos conducentes a la adquisición de las zonas para la construcción del expresado ferrocarril; y El Promotor quedó autorizado para comprar en privado las propiedades o servidumbres necesarias para la obra, consultándolo con el departamento.

2º—La sociedad urbanizadora La Favorita, dueña de la hacienda de "Pajonales y Tautao", ubicada en los municipios de Ambalema y Venadillo, por medio de la escritura número 1180, de 13 de agosto de 1927, otorgada en la Notaría Tercera del circuito de Bogotá, vendió a la empresa del ferrocarril Ambalema-Ibagué, representada por su Superintendente, una faja de terreno de esa hacienda, "que tiene una longitud igual a la diferencia entre las abscisas K once más ochocientos sesenta y dos metros y K tres más novecientos cuatro metros sesenta y uno, y una latitud mínima de veinte metros, pero que tendrá a lado y lado, por fuera de las estacas de chaflán, cinco metros para completar su anchura, y cuya área es de quince hectáreas nueve mil ciento sesenta metros cuadrados". Además del Superintendente de la empresa, esta compra fue aceptada por el Ingeniero Interventor del departamento del Tolima, ampliamente autorizado por el gobernador, en virtud del decreto número 246 de 25 de junio de 1927 y la escritura Nº 520 de 25 de junio del mismo año, "para aceptar en nombre y representación del departamento los títulos de compras de zonas, derechos de tránsito o de propiedad que sea necesario adquirir para la construcción... del ferrocarril Ambalema-Ibagué..., para aprobar los precios de la adquisición de tales bienes..., así como para dar cumplimiento al artículo 22 del contrato" (el del departamento con El Promotor). Dicho Ingeniero Interventor expresó en el mentado instrumento Nº 1180, que "acepta esta escritura y las cláusulas en ella contenidas en nombre del departamento a quien representa, advirtiendo que ha tomado personalmente parte en la celebración del presente contrato".

3º—La zona fue vendida a perpetuidad, con todos sus derechos, usos, costumbres, aguas y servidumbres, pero sin incluir el subsuelo, el cual se reservó la sociedad vendedora a perpetuidad. (Cláusula segunda).

4º—Por la cláusula tercera de la expresada escritura, la sociedad vendedora La Favorita se obligó a lo siguiente: a pagar a la empresa del ferrocarril el valor de las cercas que separan la faja de los terrenos que a ella siguieron perteneciendo, cercos que son de cuatro hilos de alambre de púas apoyados en estacones de madera, clavados a cuatro metros de distancia y a la profundidad suficiente para darles firmeza; a sostener estos cercos; a dejar pasar por toda la hacienda las aguas que en todo tiempo haya menester la empresa para la construcción, sostenimiento y explotación del ferrocarril, y a permitir dentro de la misma finca "la construcción de acequias y acueductos accesorios de aquellos que se crean necesarios para la toma y conducción de las

aguas que la empresa pueda necesitar"; a permitir que éste tome de la finca "los elementos que pueda necesitar durante la construcción del ferrocarril Ambalema-Ibagué, tales como piedra, tierra, arenas, etcétera, y las leñas necesarias para las cocinas destinadas a la confección de los alimentos del personal de construcción en la zona respectiva". De los derechos conferidos por esta cláusula no podía usar la empresa sino durante la construcción del ferrocarril. Se comprometió también la sociedad vendedora "a permitir a la empresa la instalación de campamentos y casas para los empleados del ferrocarril" durante la construcción de éste; y a permitirle el establecimiento de "los caminos y carreteras necesarios, a juicio de la empresa, para la construcción del ferrocarril".

5º—La cláusula quinta de esa escritura 1180 está concebida así: "El precio total del presente contrato es la cantidad de $ 9,549.-60 moneda corriente, que la sociedad vendedora declara haber recibido a su entera satisfacción, como remuneración tanto del valor de la zona vendida, como el de las demás concesiones, permisiones y condiciones hasta aquí estipulados. Declara además la vendedora que con la suma recibida le quedan cubiertos todos los perjuicios pasados, presentes y futuros que puedan ocasionarse a la sociedad vendedora o a sus sucesores en la propiedad con la construcción, sostenimiento y explotación del ferrocarril Ambalema-Ibagué, excepción hecha del dolo, conforme al artículo 1522 del Código Civil".

6º—Por la escritura Nº 1391, de 22 de septiembre de 1928, otorgada en la Notaría Tercera del circuito de Bogotá, la sociedad urbanizadora "La Favorita" vendió al señor Roberto Wills la hacienda de "Pajonales y Tautao", excepción hecha de la faja vendida para el ferrocarril, hacienda que el dicho comprador ha poseído pacíficamente.

7º—En los días siete, diez y siete y diez y ocho del mes de enero de mil novecientos treinta y uno se produjeron varios incendios en la finca de "Pajonales y Tautao". El del día siete, que fue de bastante consideración, se efectuó después del paso de la locomotora Nº 1, tomada en préstamo por la empresa del ferrocarril Ambalema-Ibagué a la del ferrocarril de Girardot.

8º—El día treinta y uno de diciembre de mil novecientos treinta la compañía "El Promotor" entregó la empresa del ferrocarril Ambalema-Ibagué al departamento del Tolima, en cumplimiento del contrato de 9 de junio de 1926, como consta de la Resolución número 5, de 11 de marzo de 1932, emanada de la gobernación de dicho departamento. (Fs. 80 vs. del C. Nº 9). De modo que en las fechas de los incendios ocurridos en enero de 1931 el ferrocarril estaba a cargo del departamento del Tolima.

9º—Con base en varios hechos —los que se tomarán después del libelo de demanda—, el doctor Estanislao Pardo Gálvez, obrando con poder de la sociedad urbanizadora La Favorita y de Roberto Wills, demandó al departamento del Tolima, representado por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, impetrando lo siguiente:

a)—Bajo los numerales primero a quinto de la demanda, que se declare la rescisión, por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura número 1180, de 13 de agosto de 1927, sobre la compraventa de la zona para el ferrocarril Ambalema-Ibagué; y que en virtud de esa declaración, el departamento del Tolima está obligado a completar a la sociedad vendedora el justo precio con deducción de una décima parte, o a consentir en la rescisión, restituyendo la zona con los frutos naturales y civiles, desde la fecha de la demanda, y que si consiente en la rescisión, debe entregar la zona libre de gravámenes. Además, que el departamento demandado está obligado a las prestaciones de que habla el artículo 1948, inciso segundo, del Código Civil, en relación con los artículos 1746 y 964 del mismo Código.

b)—Bajo el numeral sexto, que para el caso de no declararse la rescisión por lesión enorme, que se declare nula la cláusula quinta de la mencionada escritura, cláusula trascrita arriba.

c)—En subsidio, bajo el numeral séptimo, y para el evento de que no prospere la nulidad de dicha cláusula, que el tribunal la interprete para fijar su verdadera inteligencia en relación con los perjuicios de que ella habla, limitándola a los que se previeron al tiempo del contrato, que no pudieron ser otros que los referentes a la construcción, sostenimiento y explotación del ferrocarril, durante el tiempo de su construcción misma, u otro limitado, como un año, por ejemplo.

d)—Bajo el numeral octavo pidió lo siguiente: "8º—Que en todo caso se condene al departamento del Tolima a pagar a mi representado, señor Roberto Wills, actual dueño y poseedor de la hacienda de 'Pajonales y Tautao', la cantidad de cincuenta mil pesos moneda corriente ($ 50,000.00), como valor de la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionaron por los incendios verificados en dicha hacienda en el mes de enero del presente año. La estima-

ción que hago en esta petición queda sometida a la justa tasación pericial".

c)—El numeral noveno está concebido así: "9º—Para todos los casos en que no haya lugar a la rescisión del contrato de compraventa de que trata la primera solicitud de esta demanda, sea porque la niegue la sentencia o porque la parte demandada insista en el contrato de compraventa, solicito se declare: a)—Que el departamento del Tolima o quien lo suceda en el dominio del ferrocarril de Ambalema-Ibagué, tiene obligación de mantener cercada la vía a uno y otro lado de la carrilera, salvo lo estipulado en cuanto a cercas existentes cuando se celebró el contrato de compraventa, obligación que debe cumplir en todo el trayecto de la zona comprada a la sociedad urbanizadora La Favorita, de que trata la citada escritura número 1180 de 13 de agosto de 1927, otorgada en la Notaría tercera del circuito de Bogotá; b)—Que el mismo departamento o quien le suceda en el dominio del citado ferrocarril, tiene la obligación de construír y mantener los pasos a nivel de que trata la cláusula cuarta de la misma escritura; c)—Que el mismo departamento o quien le suceda en el dominio del ferrocarril está obligado a mantener limpia la vía férrea a uno y otro lado en toda la extensión de la zona comprada por el departamento demandado a la sociedad urbanizadora La Favorita; y d)—Que el mismo departamento o quien le suceda en el dominio del ferrocarril está obligado a no quemar en sus máquinas combustibles que arrojen chispas, o a proveerlas de aparatos extinguidores de las chispas que arrojen para evitar incendios".

10º—Adelantado el juicio correctamente, después de que el señor Fiscal contestó la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, que fue el del conocimiento, por sentencia de 27 de abril de 1934, decidió el pleito, así:

"1º—No hay lugar a declarar nulo ni rescindido por lesión enorme el contrato contenido en la escritura número 1180, otorgada ante el Notario 3º del circuito de Bogotá el 13 de agosto de 1927, ni a decretar las restituciones consecuenciales de aquella declaratoria.

"2º—No es nula la cláusula quinta de la escritura número 1180, de 13 de agosto de 1927, mencionada en el numeral anterior.

"3º—No hay lugar a interpretar la cláusula quinta mencionada en sentido distinto del que expresa su tenor literal.

"4º—No estando afectado de nulidad ni el contrato ni la cláusula relacionados en los numerales anteriores, el departamento está exonerado de pagar los perjuicios que de él se cobran por medio de la demanda que aquí se resuelve.

"5º—No está obligado el departamento al sostenimiento de los cercos que encierran la faja de terreno comprada por él a la sociedad urbanizadora La Favorita. Pero sí se le impone por medio de esta sentencia la obligación de mantener en lo sucesivo limpia la faja comprada, especialmente en tiempo de verano.

"6º—Está vigente y pesa sobre el departamento, como dueño de la ferrovía, la obligación de construír y mantener los pasos a nivel de que trata la cláusula cuarta de la escritura número 1180 contentiva del contrato.

"7º—Se absuelve al departamento de los demás cargos de la demanda.

"8º—No se hace especial condenación en costas".

11.—La sentencia fue apelada por la parte demandante; y aquí en la Corte ha recibido el negocio la tramitación del caso, procediendo ya su decisión. Se deja constancia de que el tribunal no ordenó la consulta de la sentencia en la parte en que se condenó al departamento; pero debe entenderse que tácitamente se ha surtido la consulta, ya que el asunto ha venido en apelación, lo que basta para que el fallo sea revisado.

En su alegato de conclusión en esta instancia, el apoderado del departamento manifiesta que la demanda ha debido dirigirse contra la compañía El Promotor, porque esta entidad tenía facultad para comprar zonas, según el inciso segundo del artículo 22 del contrato de 9 de junio de 1926, y porque los empleados de esta compañía, como lo sentenció el 3 de noviembre de 1928 un tribunal de arbitramento, no lo son del departamento. De esto concluye el señor apoderado de la parte opositora que la demanda se dirigió contra una entidad distinta de la que está obligada a responder, por lo que existe una ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte que representa, ilegitimidad que constituye una excepción perentoria, que dice alega para que sea declarada.

Se considera: En el numeral primero de la historia de este asunto se tomó aquella parte del contrato que demuestra con entera claridad que el departamento demandado es el dueño del ferrocarril Ambalema-Ibagué, aunque El Promotor podía en veces comprar zonas en privado, compras que debían ser para el departamento, y no para El Promotor. Se vio también en dicho numeral que el departamento es el que debe res-

ponder de los gastos y perjuicios, según el contrato, aunque confió y entregó la explotación del ferrocarril a la compañía El Promotor. Esa entrega fue sólo por el tiempo en que hubiera bonos en circulación; pero El Promotor se comprometió a construír y entregar el ferrocarril al departamento treinta meses después de que éste terminara la entrega de la empresa a El Promotor, entrega que debería verificarse treinta días después de la aprobación de los planos por el Ministerio de Obras Públicas (artículo décimo-sexto del contrato). En el artículo trigésimo-octavo del contrato de 9 de junio de 1926 se dispuso que una vez terminada la construcción del ferrocarril, y que cesara el derecho de El Promotor a la explotación de la línea, éste lo entregaría al departamento. En esta virtud, como se anotó en el numeral 8º de la historia del asunto, el gobernador y el secretario de hacienda del departamento del Tolima profirieron la Resolución número 5, de 11 de marzo de 1932, en cuyos considerandos se dijo: "... el Departamento considera a su vez que en lo relativo a la construcción está cumplido el contrato por parte de la Compañía, la que tiene a su favor y a cargo del Departamento un saldo-crédito que adelante se dirá"; y en la parte resolutiva se expresó en pesos la cantidad de ese saldo-crédito, y se dijo a continuación: "los cuales (se refiere a los pesos de la cantidad en que se estimó el saldo-crédito), según el artículo 35 del contrato debe pagarlos el Departamento al contratista dentro de 6 años contados desde el 31 de diciembre de 1930, fecha en que se dio por terminada la construcción del Ferrocarril". (Subraya la Sala).

Demuestra lo anterior que el día 7 de enero de 1931, fecha en que ocurrió el primer incendio en la hacienda de "Pajonales y Tautao", ya se había construído el ferrocarril, y que el departamento había entrado a explotarlo directamente. No hay prueba alguna en contrario, ni el demandado, durante la primera instancia, pretendió discutir ese estado de cosas. Por este motivo hay que concluír que la demanda fue dirigida contra la persona que estaba obligada a responder. No basta la citación trunca de una disposición del contrato celebrado entre el departamento y El Promotor para demostrar lo contrario.

Entrando al fondo de las peticiones de la demanda, se analizarán éstas con la separación del caso, así:

1.—En primer lugar se pide que se declare la rescisión por lesión enorme, del contrato contenido en la escritura número 1180 de 13 de agosto de 1927, y que se hagan las declaraciones consecuenciales que autorizan las leyes.

Son hechos fundamentales de esta acción los siguientes:

a)—Que el precio que se pactó en el contrato y que recibió la sociedad vendedora, comprendió no solamente la venta de la zona, sino también todas las concesiones, permisiones y condiciones estipuladas en el mismo contrato, que son las que constan en la cláusula tercera, vistas en el numeral 4º de la parte histórica de este fallo.

b)—Que del precio de $ 9,549.60, que figura en el contrato, hay que descontar la suma de $ 3,500.00, que la parte compradora dedujo del precio de la compraventa, como valor de los cercos existentes el día del contrato, pues la zona estaba ya cercada en ese día; por esto se alega que el precio recibido por la parte vendedora fue sólo la suma de $ 6,049.60.

c)—Que el precio de la venta fue, al tiempo de la celebración del contrato, inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida, porque esta cosa comprendía no solamente la zona del terreno, sino también todos sus accesorios, y naturalmente las concesiones, permisiones y condiciones estipuladas y la indemnización de los perjuicios pasados, presentes y futuros; y estimada así la cosa vendida valía en justicia no solamente el doble sino mucho más del doble del precio recibido de la parte compradora.

Se considera: En los términos del artículo 1947 del Código Civil, el vendedor sufre lesión cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio que tenga la cosa al tiempo del contrato. Por consiguiente, para examinar la acción rescisoria por lesión enorme, es necesario precisar primero qué fue la cosa vendida.

Objeto principal de la venta fue una faja de terreno de veinte metros de anchura por siete kilómetros novecientos cincuenta y siete metros con 39 cms. de longitud, teniendo toda una área de quince hectáreas y 9,160 metros cuadrados.

Como accesorios de la zona vendida, la sociedad vendedora se obligó a lo siguiente: a dejar pasar por la finca las aguas que necesite el departamento para la construcción, sostenimiento y explotación del ferrocarril, y a dejar construír acequias y acueductos para conducir esas aguas; a dejar tomar elementos necesarios para la construcción del ferrocarril, como piedra, arena, tierra; también leñas para la confección de los alimentos del personal de construcción; a permitir la instalación de casas y campamentos para los empleados del ferrocarril; a permitirle a éste que establezca caminos

y carreteras que se estimen necesarios para su construcción; a permitirle, si durante la construcción fuere necesario hacer variantes, que pueda tomar la misma empresa el terreno indispensable para dichas variantes, sin nueva remuneración a la sociedad vendedora.

Sobre si las mencionadas obligaciones constituyen o no parte de la cosa vendida, el Tribunal de primera instancia hace el siguiente razonamiento: "La admisión de servidumbres como las de acueducto y tránsito, la de extracción de piedra..., constituyen ciertamente estipulaciones contractuales acordadas y aceptadas recíprocamente..., pero no son parte de la cosa vendida".

Deduce estas aseveraciones el Tribunal de las cláusulas tercera y quinta del contrato de compraventa. De la tercera, en primer lugar, porque allí se estipula que la empresa sólo gozará de esos derechos durante la construcción del ferrocarril; y en segundo lugar, porque se dice que la sociedad vendedora se obliga además a lo siguiente, por donde se ve —arguye el Tribunal— que las obligaciones contraídas en esa cláusula son independientes de la cesión de la zona, porque la venta de ésta consta en las cláusulas primera y segunda. Y las deduce de la quinta, porque —manifiesta el Tribunal— en esa cláusula se expresa que el precio es tanto el valor de la faja vendida como de las demás concesiones, permisiones, condiciones, etcétera.

Otra cuestión que debe tenerse en cuenta al tratar del objeto de la venta, es lo referente a los cercos que había construído la empresa del ferrocarril y que la sociedad La Favorita se comprometió a pagar a aquél y a sostenerlos ella.

El Tribunal asevera también que estos cercos, como las otras prestaciones a que se obligó la sociedad La Favorita, no son parte esencial de la cosa vendida, porque lo que sucedió —dice— es que la compañía vendedora había de quedar colindante con la empresa del ferrocarril, y ambas partes convinieron en reglamentar ese derecho. Es conclusión natural del fallador de primera instancia, que el precio fue sólo por la faja y no por las otras prestaciones, porque él asegura que éstas no fueron parte esencial de la cosa vendida.

Para la Corte, el precio no fue únicamente por la faja, sino también por las otras prestaciones. Si se considerara —como lo hace el Tribunal— que lo vendido fue solamente la zona, no habría razón para entrar a analizar el dictamen de los peritos, y mucho menos en forma extensa, como lo hizo esa entidad, porque es indudable que le habría bastado la consideración de que el precio de cada hectárea de la zona, en concepto de los peritos, tendría un valor máximo de cien pesos ($ 100.00); y en ese caso el valor total de la zona habría sido en la fecha del contrato de menos de mil seiscientos pesos ($ 1,600.00); y sin embargo, la empresa pagó la suma de nueve mil quinientos cuarenta y nueve pesos sesenta centavos ($ 9,549.60), suma que, deduciéndole la cantidad de $ 3,500.00, valor de los cercos, queda en $ 6,049.00. Esto indica muy claramente que el objeto del contrato no fue únicamente la faja de terreno, sino que está constituído por otras varias prestaciones.

Aunque en nuestro derecho la prueba de la lesión enorme no es exclusivamente el dictamen pericial, sino que puede ser cualquiera otra que lleve al juez el convencimiento del engaño, en el presente juicio la única prueba que se dio fue la de peritaje.

Un perito principal dijo que el precio estipulado es el justo, esto es, lo que la cosa valía en la época del contrato. El otro estimó el valor de la zona, las servidumbres, permisos, privilegios transferidos a la empresa del ferrocarril y los perjuicios sufridos por la hacienda, etcétera, en la suma de $ 15,000.00. Dedujo de esto que sí había habido lesión enorme, porque aunque figuraba como precio en la venta la suma de $ 9,549.60, de esta cantidad había que deducir la de $ 3,500.00 que la sociedad vendedora La Favorita no recibió, porque la empresa compradora había construído los cercos que le fueron adjudicados a aquélla para su sostenimiento; de modo que la sociedad vendedora no recibió realmente sino la cantidad de $ 6,049.60, que es inferior a la suma de $ 7,500.00, mitad de los $ 15,000.00 en que estimó el valor de las cosas vendidas al tiempo del contrato.

Los conceptos de los peritos no son claros. Con excepción del precio de la zona, no expresan ellos cuáles sean los valores que tuvieran las demás cosas que fueron objeto del contrato al tiempo en que éste se celebró. Esta vaguedad no fue desvanecida por el perito tercero, quien considera que hubo lesión enorme; pero éste, como los principales, tampoco apreció debidamente y por separado el valor de todas y cada una de las cosas que fueron objeto del contrato, para que el sentenciador pudiera separar también los valores asignados a las cosas inmuebles de aquéllos que se asignaron a las muebles.

Existiendo las confusiones anotadas, el fallador de segunda instancia tiene que llegar a las mismas conclusiones a que llegó

el Tribunal a quo, de que no hubo lesión enorme. Pero esta declaración no la funda la Corte en la razón de que el único objeto del contrato fue la zona, pues ese objeto estuvo constituído por varias prestaciones, sino en la de que el avalúo de todo lo que constituyó ese objeto, dado por los peritos, no es bastante a demostrar la lesión, y no hay en el expediente otras pruebas distintas a la pericial que puedan apreciarse debidamente para variar de parecer. Además, es conveniente decirlo, el objeto del contrato fueron cosas muebles e inmuebles.

II.—En subsidio, para si no se decreta la rescisión del contrato por lesión enorme, bajo la petición 6ª, se solicita que se declare la nulidad de la cláusula quinta de la escritura número 1180, de 13 de agosto de 1927, cláusula que se dejó transcrita arriba. Y para el caso de que no se declare dicha nulidad, subsidiariamente de la petición 3ª, se impetra que se fije la inteligencia de la mencionada cláusula.

Como hecho fundamental de estas solicitudes invoca el actor el de que "sobre la inteligencia de esa cláusula no están de acuerdo las partes"; e invoca la razón de derecho de que "toda estipulación indefinida sobre indemnización de perjuicios futuros es ininteligible o contraria a la moral y a las buenas costumbres", y cita como apoyo los artículos 15, 1518 y 1867 del Código Civil, y el Título XIII del Libro 4º del mismo Código que habla "de la interpretación de los contratos".

Esta acción de nulidad de la cláusula aludida indudablemente la pretende el actor porque cree ver en ella una renuncia de todos los perjuicios que le puedan resultar al vendedor, cualesquiera que sean sus clases y condiciones, extensión y modo como se produzcan, excepción hecha del dolo por parte del comprador. Este ha pretendido que esa cláusula se extiende a todos los perjuicios que, sin dolo, pueda causarle él a la parte vendedora o a sus sucesores, como se ve de la carta que obra a folios 45 del Cuaderno 1º, en que se expresa claramente ese parecer. Allí se dice: "Por lo demás, con los dueños de los terrenos que hoy son del señor Wills, se hizo un negocio en virtud del cual se les dio una suma en pago de los perjuicios pasados, presentes y futuros, negocio que nos exime de reconocer suma alguna por los daños de que se queja el señor Wills".

Es necesario ver qué clase de contrato se constituyó en la cláusula quinta en cuanto a los perjuicios futuros de que en ella se habla. Se puede afirmar que el contrato contenido en la escritura número 1180 tántas veces citada, versó sobre la zona, permisiones, condiciones, perjuicios pasados y presentes. Pero ¿qué contrato pudo celebrarse cuando se consideró como objeto de él los perjuicios que pudieran resultarle en lo futuro a la sociedad vendedora La Favorita como efectos de actos de la Empresa del Ferrocarril? El Tribunal sentenciador en primera instancia sostiene que hubo una condonación. Desarrolla así su pensamiento rebatiendo las opiniones del demandante, quien alegó que la cláusula quinta constituye una venta de perjuicios. (Sentencia a folios 189 y siguientes del C. 1º).

Que para que haya venta, el vendedor tiene que ceder una cosa que esté en su patrimonio, y que como el perjuicio no es bien, no es cosa que se pueda enajenar para que pase de un patrimonio a otro, ni tiene valor venal apreciable en dinero, por lo que no es aceptable que se hubieran vendido perjuicios por la una parte ni la otra comprádolos; y que si esto hubiera sucedido, el pacto no engendraría obligación por la imposibilidad de su objeto (art. 1519 del C. C.). Sostiene también que la cláusula quinta aludida acoge expresamente como norma del contrato el artículo 1522 del Código Civil, que habla de condonación. Dice después el Tribunal: "Luego condonación de perjuicios fue lo que quisieron estipular las partes que suscribieron... la cláusula quinta". Agrega que la condonación está en lo general autorizada, porque se puede perdonar o conceder remisión de una deuda, ya sea pasada, presente o futura, a excepción del dolo futuro, porque si éste es pasado, también puede condonarse. Concluye que habiéndose estipulado una condonación, los Jueces tienen que respetar la voluntad expresa de las partes, por lo que él se encuentra excusado de entrar a "examinar la cuestión bajo el aspecto de renuncia del derecho a ser indemnizado (el actor) por perjuicios".

El anterior razonamiento del Tribunal carece de base jurídica.

En primer lugar, es injurídico el razonamiento, porque los perjuicios, o mejor, el derecho a la indemnización por ellos, que es lo que significa una renuncia de esa clase, sí pueden ser objeto de estipulación, y, por tanto, pueden cederse por venta u otro título, no sólo los que se han causado, sino también los que puedan causarse y que lógicamente se prevean como resultado o consecuencia de la obra u obras que pretenda desarrollar el comprador, es decir, que sean determinables por la naturaleza de la cosa que pueda producirlos. Sobre este punto se volverá adelante.

En segundo lugar, el razonamiento es erróneo, porque no pudo haber condonación de los perjuicios futuros en este caso. En efecto: la remisión o condonación es la renuncia, a título gratuito, de lo que al renunciante se le debe. Hay en ella el animus donandi, porque cuando la renuncia a un derecho lleva en sí compensaciones pecuniarias queda sujeta a las normas del contrato en que ella se ha pactado. En el negocio que se cuestiona no aparece la gratuidad, pues, al contrario, en él se patentiza que tal renunciación se hizo por retribución pecuniaria, sin que se trate tampoco de una donación remuneratoria.

No es oportuno estudiar ahora si en la legislación colombiana vale la remisión de bienes que no existen en el presente, pero que puedan existir en lo futuro, conforme lo dice el artículo 1474 del Código Civil, en relación con la donación, porque, como se acaba de expresar, en la renuncia estipulada hubo precio; ni tampoco considerar que el artículo 1869 de la misma obra autoriza la venta de las cosas que no existen, pero se espera que existan, como los sueldos futuros, los productos de una cosecha, porque en el caso ocurrente no es que se hayan vendido los derechos a una futura indemnización de perjuicios, sino que lo que allí se convino es que mediante remuneración se renuncia al derecho a cobrar el valor de los perjuicios, cuando éstos se causen. El objeto de la convención es, por tanto, unos derechos que todavía no existen, pero cuya existencia futura se prevé racionalmente. (Art. 1518 del C. C.).

De suerte que es procedente penetrar en el fondo de la respectiva estipulación sobre renuncia a cobrar esos perjuicios, para saber hasta dónde se extiende la dicha cláusula quinta, que se estudia.

Indudablemente el contrato que se constituyó en esa cláusula fue una venta de la zona con pacto accesorio de renunciar a una futura indemnización. Es necesario, por consiguiente, ver si la cláusula vale en cuanto a los perjuicios futuros, o no; si puede considerarse como absolutamente nula, o si cabe su interpretación, la fijación de su inteligencia, como se pide subsidiariamente, bajo la solicitud 7ª

Los perjuicios que en lo futuro le pueda causar, sin dolo, la Empresa del Ferrocarril a la sociedad La Favorita o a sus sucesores, no son imaginables: ellos pueden ser de muy diversas clases y condiciones; presentarse acompañados de circunstancias absolutamente imprevistas, y ser el resultado de descuidos o negligencias que no es posible ni siquiera sospechar.

De modo que si la cláusula quinta tratara de toda clase de perjuicios futuros, que, sin dolo, el Ferrocarril pueda causarle a la sociedad La Favorita, la cláusula sería absolutamente nula, por indeterminación del objeto, o por la imposibilidad en que se estaría para determinarlo.

En efecto: la cosa objeto de la obligación debe ser determinada, o por lo menos determinable. La regla general a este respecto es la del artículo 1518 del Código Civil, el cual establece que las cosas que son objeto de una declaración de voluntad deben estar determinadas a lo menos en cuanto a su género, y que "la cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla". Siguiendo los términos de esta disposición, no pueden hacerse donaciones a título universal, sin inventario solemne de los bienes donados; ni condonarse o remitirse una deuda, sin llenar los mismos requisitos que se exigen para la donación; ni venderse o aportarse a una sociedad los bienes presentes y futuros, o unos y otros, ya se venda o se aporte el total o una cuota de ellos, sino especificando las especies, géneros o cantidades que los componen. (Artículos 1464, 1712, 1867 y 2082 del Código Civil). La razón de esto es que la ley ha prohibido esos contratos, so pena de nulidad, cuando no se hace en ellos la referida especificación.

En el caso de la cláusula en cuestión, en que no se trata de una donación, ni de una condonación, si fuere cierto que aquélla —en cuanto habla de perjuicios futuros causados sin dolo— tiene por objeto la renunciación a cobrar la indemnización de todos los perjuicios que, sin dolo, resulten en lo venidero, cualquiera que sea la causa de ellos, su clase, y las circunstancias en que se produzcan, ella sería absolutamente nula, porque entonces se trataría de una cantidad incierta o indeterminada, pues no sería posible determinarla por los datos o reglas del contrato, como lo dispone el inciso segundo del artículo 1518 citado. Queda visto que este artículo manda que si el objeto del contrato es una cosa futura, ésta esté determinada, a lo menos, en cuanto a su género; y que la cantidad puede ser incierta, siempre que el contrato contenga normas para determinarla.

En lenguaje jurídico se llama género "una cosa que se determina únicamente por la clase a que pertenece"; y también significa la clase de cosas. Por el término cantidad se significan ordinariamente cosas determinadas de clase determinada que se designan por su número, peso o medida.

De suerte que en el lenguaje de los jurisconsultos y de nuestro Código, género es lo que los filósofos llaman especie, por ejemplo, un vestido, un caballo; y especie es para los jurisconsultos y nuestro Código, lo que los filósofos llaman individuo, por ejemplo, el vestido negro, el caballo blanco. Por último, cantidad, en el lenguaje de nuestro Código, viene a ser el género señalado por un número, como diez vacas. De modo que no habría objeto en un contrato si el deudor se obligase a entregar una cosa señalada únicamente por el género: es necesario que ésta esté determinada por su especie, que viene a ser una limitación del género, limitación que debe ser precisa, porque así, aun cuando el deudor tiene cierta amplitud para el cumplimiento de su obligación, existen sin embargo, ciertas reglas legales que permiten la determinación. Pero además de la fijación del género, es indispensable saber la cantidad para que haya objeto del contrato: las cosas indeterminadas de clase determinada deben designarse por su número, peso o medida. Así: la obligación carecería de objeto si se dice que el deudor debe caballos, sin determinar la cantidad, sin fijar reglas para determinarla.

Todo lo dicho está en armonía con el principio general consignado en el artículo 1518, según el cual, para que las cosas que existen o se espera que existan, puedan ser objeto de una declaración de voluntad, "es menester que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos, en cuanto a su género". Y este principio no se altera por que en el inciso segundo disponga ese artículo que "la cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos para determinarla", porque la incertidumbre se refiere naturalmente al monto de la cantidad, pero no a la clase de las cosas que la forman, o sea al género del objeto de la designación.

Por esto dice Mourlon, comentando el artículo 1129 del Código Civil francés, que corresponde al 1518, que "la cantidad de la cosa que hace el objeto de la obligación, debe, igualmente, ser determinada. Sin embargo, no es necesario que ella lo sea por una cifra exacta; basta que el contrato contenga un medio de determinación. Si yo me obligo a daros trigo, mi obligación es nula... Si os vendo el trigo de que necesitáis para sembrar vuestro campo, la venta es válida; porque el contrato suministra un medio de determinar la cantidad de trigo que debe ser pagada, sin caer en la arbitrariedad". (Répétitions écrites sur le Code Civil. Tomo II, pág. 507).

Si en la cláusula quinta, de que se viene tratando, se hubieran referido las partes a cualquiera clase de perjuicios futuros, no provenientes de dolo, habría quedado indeterminado el género, considerado jurídicamente, porque el género no se fija, como queda visto, sino limitándolo por su especie, como el perjuicio que resulte de tal acto; y habría quedado indeterminada también la cantidad, porque ésta, aunque consista en una cosa indeterminada de una clase determinada, para que esa cosa pueda considerarse como cantidad determinada o determinable por los datos del contrato, es necesario que se designe por su número, peso o medida.

En abstracto, los perjuicios futuros, no provenientes del contrato, que la Empresa del Ferrocarril puede causarle a la sociedad La Favorita o a sus sucesores, sin dolo, son demasiado variados, imposibles de ser numerados o sospechados siquiera; por esto hay que estimar que a ellos no pudieron referirse las partes. Pero por esta razón no puede declararse, la nulidad de la susodicha cláusula quinta, porque, como es natural, las partes pudieron prever que por la Empresa del Ferrocarril contratante se causarían algunos perjuicios con posterioridad al contrato, como consecuencia de las concesiones, permisiones y condiciones en él establecidas; y estos perjuicios, aunque inciertos, sí son determinables por los datos y reglas del contrato; por lo que la cláusula en que se consignó, como objeto de la convención, la renuncia a cobrar la indemnización de los perjuicios que naturalmente y sin dolo se produjeran, sí puede ser interpretada por el Juzgador, y su inteligencia fijada, en el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. (Artículo 1621 del Código Civil).

Y el sentido que mejor cuadra con la naturaleza del contrato, es el de que los perjuicios futuros a que éste se refiere y a cuya indemnización renunció la sociedad vendedora, fueron aquellos que pudieran provenir de la ejecución natural de los actos que se ejecutaran al verificar las obras para que las cosas se vendían. El permiso de retirar piedra, tierra y arena, no se refiere, por ejemplo, al simple retiro de esos elementos, sino que entró también en la estipulación la renuncia a cobrar la indemnización por los perjuicios que pudieran resultar, de un modo natural, de la extracción de ellos, tales como los hoyos o la destrucción de la capa vegetal de la tierra de donde fueren extraídos. También, por ejemplo, al construirse los acueductos o acequias se producen, por naturaleza de la construcción, perjuicios, y el derecho a cobrar éstos quedó renunciado

en el contrato, en el cual se estimó pagado su valor.

Así, pues, la mencionada cláusula no es nula; pero como sobre su interpretación no están de acuerdo las partes, sí cabe interpretarla, fijando su inteligencia o alcance, que es lo que se pide bajo la solicitud 7ª formulada subsidiariamente a la nulidad. Por esto, en esta instancia se decretará que esa cláusula sí debe ser interpretada y su inteligencia fijada en la forma en que ella produzca un efecto natural y de acuerdo con el contrato celebrado. Esa interpretación se hará teniendo en cuenta que los perjuicios a que se refiere el contrato y cuyo cobro renunció la sociedad vendedora La Favorita, son aquellos que resulten como efectos naturales de las obras para que la zona fue comprada por la Empresa del Ferrocarril, y los efectos, naturales también, que como perjuicios lleguen a producirse o se hubieran producido a consecuencia de las demás permisiones o condiciones del contrato de venta. Por consiguiente, la interpretación debe ser la de que la venta no se refirió, en ningún caso, a los perjuicios extraños a esas estipulaciones, o sea a aquellos efectos que ocasionen daño o menoscabo a la sociedad vendedora y que no resulten como consecuencia natural del ejercicio de la construcción, explotación y sostenimiento del ferrocarril. La cláusula debe entenderse, pues, en el sentido de que la estipulación sobre perjuicios futuros queda limitada a los perjuicios futuros determinados, o que sean determinables de conformidad con la naturaleza del contrato y las cosas que fueron objeto de la estipulación.

III.—Se impetra en la demanda, bajo la petición 8ª que se dejó transcrita, que se condene al departamento del Tolima al pago de los daños y perjuicios que se causaron en la hacienda de "Pajonales y Tautao" a consecuencia de los incendios ocurridos en los días siete, diez y siete y diez y ocho del mes de enero de mil novecientos treinta y uno.

Sobre este punto obra en autos lo siguiente:

En cumplimiento del artículo 27 de la ley 76 de 1920, el alcalde municipal de Ambalema levantó una información con motivo de los incendios aludidos, la cual reposa en el Ministerio de Obras Públicas y de que se tomó copia en el término de prueba de la primera instancia. En dicha información consta que se practicaron inspecciones oculares referentes, primero, al incendio del día 7, y, segundo, al ocurrido en los días 17 y 18; y que se recibieron también varias declaraciones de testigos.

Acerca de la causa del incendio del día siete, que fue el de más graves consecuencias, aparece en la mencionada información y en otras pruebas, lo siguiente:

a)—Francisco Rodríguez, en declaración rendida ante el dicho alcalde, y ratificada en esta segunda instancia el 6 de noviembre de 1934, expuso lo siguiente (fs. 11 y 12 del C. Nº 11):

"Al 2º—Soy empleado del ferrocarril Ambalema-Ibagué, en mi calidad de maquinista. Al 3º—Como maquinista de dicho ferrocarril conducía yo la locomotora Nº 1 del ferrocarril de Girardot, conduciendo el tren de pasajeros de Ibagué-Ambalema el siete de enero del presente año. Al 4º—Es cierto que yo le manifesté al peticionario señor Wills, ante los señores Alberto Soto, Tulio Jiménez y Roberto Wills, el día once de este mismo mes, en el paradero del río Venadillo, que habiéndose dañado las máquinas que queman petróleo del ferrocarril Ambalema-Ibagué, la empresa solicitó en arrendamiento una máquina del ferrocarril de La Dorada, la cual no quiso tomar porque le pidieron ciento veinte pesos diarios de arrendamiento. Al 5º—Es cierto que yo le manifesté al mismo señor Wills, peticionario, ante los mismos testigos citados antes y en el mismo lugar, que el doctor César A. Pedraza, ingeniero interventor del ferrocarril Ambalema-Ibagué, dijo que no podrían tomar en arrendamiento para el servicio de este ferrocarril, la máquina Nº 1 del ferrocarril de Girardot, que les había sido ofrecida, por ser vieja e inadecuada para el servicio de Ambalema-Ibagué, y que esperaban a ver si les arrendaba una de las otras locomotoras. Al 6º—Es cierto que yo le manifesté al peticionario señor Wills, ante los mismos señores citados antes y en el mismo lugar, que el doctor J. Fajardo, jefe de explotación del ferrocarril de Girardot, pasó un telefonema de Chipalo a Girardot; que si estaba en estado de prestar servicio de primera, la locomotora Nº 1, que se la mandaran, y al efecto se la enviaron. Al 7º—Es cierto que yo le manifesté al mismo señor Wills, peticionario, que yo fui el encargado por la empresa del ferrocarril Ambalema-Ibagué, para manejar dicha máquina Nº 1, y que al hacer el viaje entre Chipalo e Ibagué, observé que arrojaba muchas chispas, y en la estación de Picaleña, el ingeniero administrador doctor Ismael Cadavid, me dijo que él veía que esa máquina botaba mucha chispa, lo cual confirmé yo diciéndole que quién sabe cómo iría a hacer el servicio abajo, y el doctor contestó que probablemente no pasaba nada al pasar con una velocidad de dos minutos por kilómetro, por ser plano el terreno. Al

8º—Es verdad que obedeciendo esta orden del doctor Cadavid, yo me vine conduciendo el tren a esta población, y al llegar al río Venadillo, en donde empiezan los potreros de la hacienda de "Pajonales", únicos empradizados de pastos artificiales en todo el trayecto, observé que se iban quemando al paso de la locomotora, a pesar del cuidado que puse en llevarla despacio y sin mayor presión. Al 9º—Es cierto que al salir de Ambalema para Beltrán, yo llevé la máquina sumamente despacio para evitar el incendio de unas casas de paja que hay cerca a la línea, incendio que felizmente se evitó, por haber corrido en el momento en que pasaba el tren, viento muy fuerte en sentido contrario a la posición de las casas. También es cierto que al salir de Ambalema, observé que cayó una gran cantidad de chispas sobre los tejados de esta población, que no produjeron incendios por ser metálicos, y que las chispas de la máquina sí incendiaron el viaducto inmediato a la misma población, sostenido sobre traviesas de madera. Al 10º No tengo más antecedentes en relación con el incendio de la finca de Pajonales, y no paré el tren, por seguir cumpliendo el itinerario a que está sometido tal tren, no creyendo que se fuera a intensificar el incendio que causaran las chispas que arrojara la máquina. Leída al testigo su exposición, la aprobó y en constancia la firma como aparece. . ."

b)—Ante el alcalde de Ibagué, comisionado por el de Ambalema, el día 2 de marzo de 1931 el doctor Ismael Cadavid, gerente del ferrocarril Ambalema-Ibagué, certificó lo siguiente (fs. 119 vs., C. 5º):

"Certifico que el servicio de trenes del ferrocarril se prestó el día 7 de enero con la locomotora Nº 1 del F. C. de Girardot, y los días 17 y 18 del mismo mes entre el Kmt. 0 y el Kmt. 12 con la locomotora Nº 2 del F. C. Ambalema-Ibagué: que la máquina Nº 1 es de propiedad del F. C. de Girardot y la Nº 2 del F. C. Ambalema-Ibagué, la primera de las cuales quema carbón y aceite combustible (fuel Oil) la segunda; que la Nº 1 estaba manejada el día 7 de enero por el maquinista Francisco Rodríguez y la Nº 2 los días 17 y 18 por Ricardo Hernández; que hicieron el servicio de trenes en los días mencionados, porque las necesidades del tráfico así lo exigieron; que la superintendencia tuvo conocimiento del incendio ocurrido el día 7 de enero en las haciendas de "Tautao" y "Pajonales", en ese mismo día, después de la pasada del tren que arrastraba la locomotora Nº 1, que quema carbón, por lo cual hay motivos para juzgar que el incendio fue causado por la dicha locomotora Nº 1, aunque ningún empleado atestigüe haber visto prender el fuego en las haciendas mencionadas. Los incendios de los días 17 y 18 se supieron en la superintendencia varios días después, y en ningún caso fueron ocasionados por la locomotora Nº 2, que por quemar aceite combustible (fuel oil) no puede provocar incendios de ninguna naturaleza; que el suscrito superintendente no tenía conocimiento del estado de los potreros al ordenar que la locomotora Nº 1 hiciera el tráfico el día del incendio". De este certificado no se pidió ratificación, pero ello no impide que sea tenido en cuenta.

c)—Varios testigos, cuyas declaraciones fueron rendidas ante el expresado alcalde y ratificadas después, se expresan así:

Pablo Lozano L. (fs. 127 del C. 5º) expuso: "Al punto d)—El motivo que tengo para considerar que la causa del incendio mencionado (el del 7 de enero de 1931), fuera por el paso de la locomotora que conducía el tren de pasajeros de aquel día, es el de que estando yo en el potrero de El Jardín, con unos vaqueros de la hacienda de 'Pajonales', a eso de las once o doce del día, vimos bajar el tren mencionado, e inmediatamente se incendió ese potrero con motivo de las chispas de la máquina, y observé que tal incendio se verificaba por toda la línea del ferrocarril, hacia el lado oriental, en una extensión de cuatro kilómetros más o menos, para ambos lados, o sea hacia el sur y norte".

Vicente Romero (fs. 129, C. 5º), dijo: "Al punto d)—Los motivos que tengo para considerar que la mencionada locomotora Nº 1 fue la causa del incendio de que se trata (el del 7 de enero), fue porque yo estaba al lado de abajo de la hacienda vieja de 'Tautao', en la orilla de la carrilera, cuando vi bajar la locomotora Nº 1, que conducía el tren de pasajeros, e inmediatamente observé que por las chispas que arrojaba la máquina, se iban prendiendo todos los potreros de las dichas haciendas, hacia el lado oriental de la carrilera".

Los testigos Marco A. Guzmán y Luis García (fs. 131 y 132, respectivamente, C. 5º), expusieron en los mismos términos que el testigo Pablo Lozano.

El General Plácido Cárdenas, revisor fiscal del F. C. Ambalema-Ibagué, dice a folios 10 del cuaderno 5º, que le consta que por haberse dañado la locomotora de la empresa, se tomó prestada a la del F. C. de Girardot la locomotora Nº 1, que quemaba carbón, la cual se corrió por la línea Ambalema-Ibagué el día 7 de enero de 1931, causando el incendio en la hacienda de "Pajonales y Tautao".

También aseveran que la causa del incendio fue la máquina mencionada los testigos Epifanio Rolaños (C. 5º, fs. 128), Pablo Oliveros (fs. 128 vs. ib.), Alfredo Bolaños (fs. 130 ibídem), Telmo Romero (fs. 130 vs., ibídem), Alfredo Wills (fs. 19, C. 11), Osías Lozano (fs. 24, C. 11), Enrique Encinares (fs. 25 vs., C. 11). Por último, Antonio R. Navarro, Jefe de tráfico del F. C. de Girardot, asevera el préstamo de la máquina Nº 1 al F. C. Ambalema-Ibagué.

Sobre la gravedad y valor de los perjuicios que se ocasionaron con el incendio existe lo siguiente en el proceso:

1º—Más de diez de los testigos que se dejan anotados, en las declaraciones de que se ha hecho mérito dicen conocer la hacienda de "Pajonales y Tautao", y que les consta que los potreros de ella estaban cultivados de pasto guinea, india y pará y limpios de malezas, y ocupados por los cupos respectivos de ganado que se estaba cebando en ellos cuando se produjo el incendio del 7 de enero que los destruyó, dejándolos reducidos a cenizas; que dichos potreros estaban cercados de alambre de púa con postes de madera de corazón que el incendio destruyó en su mayor parte.

Algunos de esos testigos dicen que parte de los ganados hubo que llevarlá a otros potreros inmediatamente, y otras partes a Bogotá o Ibagué para realizarlas. Otros dicen que vieron retirar los ganados.

2º—El 10 de enero de 1931, tres días después de ocurrido el premencionado incendio, el alcalde de Ambalema practicó una inspección ocular acompañado de peritos y de dos testigos. En la parte pericial reza así la diligencia (fs. 102 del C. 5º):

"Los peritos principales señores Carlos Castro Mosquera y Alberto Soto, rindieron el siguiente dictamen: del examen que hemos practicado personalmente y oídas las declaraciones de los testigos señores Jiménez y Mejía, dictaminamos en la forma siguiente: los potreros incendiados en su totalidad fueron los siguiente: El Salto, con una capacidad para 250 reses de ceba; el de San Pablo, con una capacidad para 150 reses; el Ingenio, con una capacidad para 120 reses; el de San Pedro, con una capacidad para 100 reses; el de la Florida, con una capacidad para 120 reses; el del Balcón, con una capacidad para 150 reses; el Corcobado, con una capacidad para 150 reses; el de Niza, con una capacidad para 50 reses; el del Litoral, con una capacidad para 150 reses; el del Delirio, con una capacidad para 50 reses, y el de El Jardín, con una capacidad para 80 reses, sumando todos una capacidad para 1,850 reses de ceba. Conceptuamos que el valor de los pastos perdidos por la quema de que se trata, para que vuelvan a ponerse en estado de cebar ganados, es el de ocho mil ciento cincuenta ($ 8,150), considerando el valor del pastaje corriente de un peso ($ 1.00) mensual por cabeza, en un término de seis (6) meses, sobre la capacidad de 1,350 reses. El valor de la reparación de los cercos por las averías sufridas por el incendio en cuestión lo estimamos en quinientos pesos ($ 500). El perjuicio sufrido por el atraso del ganado que estaba pastando en los postreros quemados, calculado a cinco pesos ($ 5.00) por cabeza, sobre 1,120 reses, lo avaluamos en la suma de cinco mil seiscientos pesos ($ 5,600). Avaluamos los 1,120 novillos que pastaban en los potreros quemados, a razón de cincuenta pesos ($ 50.00) cada uno, en la suma de cincuenta y seis mil pesos ($ 56,000). Estimamos los intereses de esta suma, a razón del doce por ciento (12%) anual, en cinco meses que se calcula la demora para la venta de los 1,120 novillos ya dichos, en la suma de dos mil ochocientos pesos ($ 2,800). En resumen, avaluamos el valor total de los perjuicios sufridos por el incendio aludido, en la suma de diez y siete mil cincuenta pesos ($ 17,050). Los peritos dejan constancia de que consideran que el mayor perjuicio ocasionado por el incendio es el que sufran los potreros por haber ocurrido éste en tiempo inesperado e inoportuno, puesto que éstos perjuicios están sometidos a las lluvias en más o menos tiempo, siendo así que éstas son definitivas para que los potreros empasten o queden perfectamente agotados, cubriéndose de malezas debido al verano actual".

En los días 17 y 18 del mismo mes de enero se incendiaron en la misma hacienda de "Pajonales y Tautao" los potreros de San Antonio y Cerritos, el primero con una capacidad para ochenta (80) novillos y el último para cien (100) novillos.

Pero este incendio no puede imputarse a la Empresa del Ferrocarril Ambalema-Ibagué porque no se comprobó que él hubiera ocurrido por descuido o culpa de ésta; y no habiéndose dado la prueba de esta circunstancia, no puede declararse la responsabilidad del departamento demandado.

Con las bases anteriores, para determinar el valor de los perjuicios sufridos, se procede al análisis de la prueba pericial practicada durante el término probatorio de la primera instancia, en la que intervino el perito tercero por desacuerdo entre los principales. Los peritos rindieron por separado sus exposiciones, y en el punto sexto de ellas trataron de los perjuicios y de su avalúo.

Conviene considerar de antemano que los peritos tuvieron en cuenta, para determinar los perjuicios y avaluarlos, tanto los potreros quemados en el primer incendio, como los potreros Cerritos y San Antonio, quemados en el incendio de los días 17 y 18. Esta apreciación global obliga a que la exposición de los peritos sea estimada en relación con las otras constancias del expediente.

Resumida la exposición del perito de la parte demandada, es como sigue: Daño emergente: a)—Considera este perito que la destrucción de los pastos en los potreros por causa de los incendios duró por un espacio de seis meses; y estima el valor del pastaje de cada res en la suma de cincuenta centavos ($ 0.50) mensuales. Este valor en seis meses, multiplicado por setecientos, que es la cantidad de reses en que calcula el cupo que había pastando en los potreros quemados, asciende a la suma de dos mil cien pesos ($ 2,100). b)—Que en algunas partes de los potreros quemados no volvió a nacer pasto, y que ellas se enrastrojaron, por lo que es necesario su desmatone y empradización para mejorarlas. Tasa esta pérdida en mil quinientos pesos ($ 1,500). c). Que se destruyeron los cercos en una extensión que no se midió, ni dice el perito cuánta sea. Esta pérdida la apreció en la suma de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500). Lucro cesante: d)—Conceptúa que en los potreros quemados había una cantidad de setecientas (700) reses, en el precio de las cuales se sufrió desmejora: bien porque para encontrar comprador para ellas inmediatamente se requería hacer una rebaja en su valor, o bien porque al llevarlas a otros potreros sufrían atraso, o bien porque era necesario pagar bien el pastaje para conseguirlo pronto. Valora este perjuicio en la suma de quince pesos ($ 15.00) por cabeza; de modo que la pérdida que se sufrió en el valor de las 700 reses fue calculada en la cantidad de diez mil quinientos pesos ($ 10,500). Total de los perjuicios, según este perito, $ 18,600.

El perito de la parte actora (con el cual estuvo de acuerdo el tercero) expuso en su dictamen lo siguiente, que resume la Sala: a)—Que la destrucción del pasto, a causa de los incendios, duró en los potreros quemados por el espacio de diez (10) meses; por lo que avaluado el pastaje de cada cabeza de ganado en la suma de $ 0.50 sobre una cantidad de 800 reses, en que calculó el número de cabezas que pastaba cuando sucedió el incendio, dio la suma de $ 4,000. b)—Los perjuicios sufridos por las partes destruídas de los potreros, y su desmatone y empradización, la estimó en la suma de $ 2,500. c)—Al valor de los cercos quemados y su reparación (no habla de su extensión) le señaló un precio de $ 6,000. d)—Apreció el valor de la pérdida por desmejore del ganado y menor precio del mismo a causa de la pérdida de oportunidad que pudo haber en la venta, calculándola a razón de quince pesos ($ 15) por cada cabeza de ganado, sobre el mismo número de ochocientas (800) reses, en la suma de $ 12,000. Además: e). Por el traslado de ganados valoró los perjuicios en la suma de $ 500. Total del avalúo de este perito, $ 25,000.00.

Aunque el perito tercero adhirió a este dictamen, no puede la Corte darle el valor de plena prueba, no obstante tratarse de una regulación en cifra numérica y ser él uniforme. No lo acoge la Corte como plena prueba, porque en el avalúo entraron cosas que no debieron apreciarse, y también porque no está debidamente fundamentado y explicado ni concuerda en todas sus partes con lo que aparece comprobado en el expediente. Es, por tanto, necesario considerar las exposiciones periciales, atendiendo no sólo a su contenido, sino también a las demás constancias probatorias que obran en autos, para determinar la cantidad en dinero a que se habrá de condenar a la parte demandada. Para ello deben estudiarse por separado cada uno de los puntos de la prueba pericial.

Punto a)—Sobre este punto del dictamen se considera: Estimaron los peritos el valor mensual del pastaje de cada cabeza de ganado en la suma de $ 0.50, en lo que estuvieron todos de acuerdo. Esto es aceptable. Un perito principal y el tercero consideraron que el término que duró la destrucción de los pastos fue un espacio de diez meses, y el otro perito principal fijó ese término en seis meses. Atendiendo a declaraciones de testigos y al peritazgo practicado extrajuicio, que quedó transcrito, y que completaron los peritos que lo rindieron con otras exposiciones, es más racional aceptar este término de seis meses, porque él aparece determinado con mayores razones que el otro.

Se calculó por un perito principal y el tercero que el cupo de ganado que se tenía en los potreros quemados era el de 800 reses, y el otro perito principal señaló esa cantidad en 700 reses. De acuerdo con abundantes pruebas del expediente, la cantidad fijada en 800 cabezas es perfectamente aceptable. Pero hay que tener en cuenta que los potreros de Cerritos y San Antonio, cuyo cupo de ganado de los dos es el de 180 reses, se quemaron en los días 17 y 18; y ya se vio que este incendio no le es imputable

a la Empresa del Ferrocarril. Por tanto, de la cantidad de 800 reses hay que restar la de 180, quedando la de 620 reses únicamente.

En resumen: Estima en este punto la Corte que el tiempo que duró destruído el pasto sin servir para alimentar el ganado, fue por un espacio de seis (6) meses; por lo que apreciando el valor del pastaje de cada res en la suma de cincuenta centavos ($ 0.50) mensuales por esos seis meses, y que el número de cabezas de ganado que pastaba en los potreros era el de seiscientas veinte reses, se tiene la cantidad de mil ochocientos sesenta pesos ($ 1,860).

Punto b)—Acerca del valor del perjuicio sufrido por el daño o destrucción de alguna parte de los potreros y los gastos para su empradización y desmatonc, que el perito principal, con el cual estuvo de acuerdo el tercero, avaluó en la suma de $ 2,500, y el otro perito principal en la suma de $ 1,500, hay que considerar que por ninguno de los avaluadores se estableció la cantidad de terreno destruído, ni la calidad de malezas ni los trabajos que sea necesario realizar para volver a poner ese terreno en estado de servir. Con esta duda, es más razonable rebajar el avalúo más alto hasta ponerlo a nivel del avalúo más bajo, pues la duda debe favorecer al demandado.

Punto c)—Los cercos destruídos y su reparación fueron avaluados por el perito principal, de acuerdo con el tercero, en la suma de $ 6,000, y el otro perito principal estimó ese perjuicio en $ 4,500. Ninguno de los peritos dice cuánta fue la extensión de cerco destruída ni los potreros en que se encontraban esos cercos. Como el peritazgo practicado extrajuicio se verificó a raíz del incendio del día 7 de enero y con asistencia de testigos, es más lógico y racional aceptar esta apreciación que la de los peritos en el juicio, quienes no fundamentaron su exposición ni la explicaron. Los peritos de la diligencia extrajuicio estimaron el perjuicio por la destrucción de los cercos en la suma de quinientos pesos ($ 500.00), y en esta suma lo fija la Corte.

Punto d)—El avalúo de la pérdida sufrida por el desmejore del ganado, en que estuvieron de acuerdo todos los peritos para fijarlo en la suma de quince pesos ($ 15.00) por cabeza, y se acepta por ser razonable, pero hay que reducir la suma global para reducirla a la que corresponde a un cupo de ganado de seiscientas veinte reses, como quedó expresado. La cantidad de este perjuicio es, por consiguiente, la de nueve mil trescientos pesos ($ 9,300.00), y no la de doce mil ni la de diez mil quinientos que habían sido fijadas por los peritos en sus exposiciones.

Punto e)—También apreciaron un perito principal y el tercero el traslado de los ganados en la suma de quinientos pesos. Lo más razonable es que este daño se considere involucrado en el desmejore del ganado, desmejore que, como quedó visto, fue estimado en la suma de $ 15.00 por cabeza. Así lo entendió el perito de la parte demandada, quien no hizo tasación ninguna por concepto de traslados.

La Corte, en virtud del imperativo mandato del artículo 481 del Código Judicial que ordena que "los Jueces o Tribunales no pueden, bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito", hace la fijación de los perjuicios sufridos por la parte demandante en la suma de trece mil ciento sesenta pesos moneda legal ($ 13,160.00), acogiendo la exposición pericial en cuanto está de acuerdo con lo que aparece probado en el expediente, y separándose de ella en los puntos que contradicen las demás pruebas.

La responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril en el incendio ocurrido el día siete de enero está claramente establecida, porque no sólo no puso el cuidado que debía al poner a correr una máquina que sabía o debía saber que quemaba carbón y no petróleo, sino también por su omisión en hacer rondas suficientes para prevenir los incendios, como por la falta de las demás precauciones exigidas por las circunstancias, todo lo cual implica culpas, descuidos o negligencias, que por levísimas que fueren (que no lo son) dan lugar a responsabilidad, pues toda culpa se encuentra fuera del límite del derecho. Debiendo la empresa demandada poner el cuidado del caso para evitar los incendios, ha debido traer la prueba de su cuidado y diligencia, conforme al artículo 1604 del Código Civil; y como no adujo ninguna, debe concluírse que está obligada a pagar los perjuicios que su negligencia o descuido causó al demandante, al tenor del numeral d) del artículo 26 de la ley 76 de 1920, que ordena que las empresas férreas están obligadas "a indemnizar los daños causados a las propiedades privadas cuando sean ocasionados por culpa de los empleados de las empresas". La culpa de que habla este numeral es el daño causado sin intención de dañar; es el ilícito civil, imputable a la empresa. Y como de ésta es dueño el departamento del Tolima, él es el responsable.

IV.—Las peticiones impetradas bajo el numeral 9º de la demanda, son subsidiarias. Es la primera la de que el departamento del

Tolima está en la obligación de mantener cercada la vía a uno y otro lado de la zona comprada a la sociedad La Favorita, en toda la extensión de la faja, excepción hecha de los cercos existentes cuando se celebró el contrato de compraventa.

El inciso 1º del artículo 8º de la ley 76 de 1920 imponía a las empresas férreas el deber de mantener cercadas las vías a uno y otro lado, salvo estipulación en contrario. El artículo 20 de la ley 19 de 1921 derogó expresamente dicha disposición; de modo que el legislador ha querido que lo concerniente a cercos en las vías férreas sea objeto de convenciones entre las empresas y los particulares colindantes. Por lo demás, en el presente caso no se ha demostrado que exista alguna parte de la zona cuyo cerco no haya entrado en la estipulación contenida en la escritura Nº 1180, de 13 de agosto de 1927. Así, la Corte acoge la manifestación del Tribunal de primera instancia, que en este punto declaró al departamento libre de la obligación solicitada.

En la segunda petición se solicita que se sentencie en el sentido de que el departamento está obligado a construir y mantener los pasos a nivel de que trata la cláusula cuarta de la mencionada escritura. El Tribunal sentenció de conformidad con esta solicitud, en atención a que esa obligación consta en el contrato. Esta razón es suficiente para que la Corte confirme en ese punto la sentencia consultada.

Bajo la petición tercera solicita el actor que se disponga que el departamento está obligado "a mantener limpia la vía férrea a uno y otro lado en toda la extensión de la zona comprada por él.

Dijo el sentenciador de primera instancia que concedía esta cuestión, porque favoreciendo a ambas partes el sostenimiento de los cercos y no teniendo el departamento esta carga, debe hacerla más llevadera a su vecino "manteniendo siquiera dentro de la zona de la ferrovía la limpieza necesaria para que en caso de caer chispas y producir incendios éstos no avancen sobre el predio contiguo". Este razonamiento es aceptable, y la Corte lo acoge como bastante para confirmar la sentencia en ese punto.

En el aparte d) se pidió que se declarara que el departamento está obligado a no quemar en sus máquinas combustible que arroje chispas, o a proveer esas máquinas de aparatos extinguidores de las chispas que arrojen.

Argumentó sobre esta petición el Tribunal, así: "La ley reglamenta lo relativo a material rodante, máquinas, etc., sin imponer el uso de una determinada marca de aquéllas o la adopción de determinados aparatos. Parece por lo mismo improcedente el pedimento que aquí se formula, ya que con él se provoca una disposición de orden general respecto de una empresa pública, cuando es sabido que los jueces solamente pueden conocer y decidir sobre casos enteramente particulares".

No puede el juzgador entrar a proferir un acto de reglamentación, que correspondería al Poder Legislativo: hacerlo, sería salirse de la órbita que le está señalada. Las razones del Tribunal en este punto las acoge la Corte por ser jurídicas.

Por todo 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,

D e c i d e :

Primero.—Confírmase la sentencia apelada en sus declaraciones primera, segunda, quinta, sexta, séptima y novena, en cuanto no declara rescindido, por lesión enorme, el contrato contenido en la escritura número 1180 otorgada ante el Notario 3º del circuito de Bogotá el 13 de agosto de 1927, ni nula la cláusula quinta de dicha escritura; y en cuanto declara que el departamento del Tolima no está obligado al sostenimiento de los cercos que encierran la faja de terreno comprada por él a la sociedad La Favorita, y en que sí se le impone al mismo departamento la obligación de mantener limpia la faja comprada, especialmente en tiempo de verano, y lo obliga, además, a construir y mantener los pasos a nivel; y en cuanto absuelve a esa entidad de los demás cargos de la demanda, y no hace especial condenación en costas.

Segundo.—Revócase la sentencia aludida en sus puntos tercero y cuarto, en cuanto declara que no hay lugar a interpretar la cláusula quinta del contrato cotenido en la mencionada escritura número 1180 de 13 de agosto de 1927, y en cuanto absuelve al departamento demandado del cargo de indemnizar los perjuicios causados al demandante por motivo del incendio ocurrido en la hacienda de "Pajonales y Tautao" el día siete de enero de mil novecientos treinta y uno, y en su lugar dispone:

a)—Es procedente la interpretación y, consecuencialmente, la fijación del alcance de la cláusula quinta del contrato contenido en la escritura pública número 1180, de 13 de agosto de 1927, pasada ante el Notario 3º del circuito de Bogotá, en el sentido de que los perjuicios futuros que le quedaron cubiertos a la sociedad La Favorita, y cuyo

cobro ésta se comprometió a no efectuar, son aquellos perjuicios resultantes de la ejecución natural de las obras que se realizan y para cuyo fin se verificó la venta, es decir, los perjuicios futuros determinados, o que sean determinables, de conformidad con la naturaleza del contrato y las cosas que fueron objeto de la estipulación.

b)—Condénase al Departamento del Tolima a pagar, seis días después de la ejecutoria de esta sentencia, al demandante Roberto Wills, dueño de la hacienda de "Pajonales y Tautao", la cantidad de trece mil ciento sesenta pesos moneda corriente ($ 13,-160.00), como valor de la indemnización de los daños y perjuicios que se le ocasionaron con el incendio verificado en dicha hacienda el día siete de enero de mil novecientos treinta y uno.

Tercero.—Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Insértese en el órgano de la Corte, y oportunamente devuélvase el negocio 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

Se trata de una ejecución de contrato bilateral. La Corte dice: "En los contratos en que las obligaciones de las partes son alternadas y sucesivas, el 'tiempo debido' de que habla el artículo 1609 del C. C. para que una parte cumpla o se allane a cumplir el contrato, no llega mientras el otro no haya cumplido su anterior obligación, o se haya allanado".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Ha llegado a la Corte la providencia del Tribunal de Nariño, de 29 de noviembre de 1935, en la cual se decidieron las excepciones propuestas por el señor Fiscal del susodicho Tribunal. La apelación fué interpuesta por este funcionario.

Tramitado el asunto en esta segunda instancia, se procede a proferir la decisión correspondiente.

Las excepciones que se propusieron fueron: "carencia de derecho para demandar o improcedencia de la acción; petición fuéra de tiempo y de modo indebido; la de compensación".

Como hechos fundamentales se adujeron los siguientes:

"a) El contrato base de la ejecución es bilateral, ya que es un contrato de arrendamiento, teniendo por lo tanto ambas partes deberes que cumplir; y por lo mismo él no puede dar base a un mandamiento ejecutivo.

b) La demandante señora Josefina Pereira no cumplió el contrato, pues no entregó las piezas grandes y cómodas para el despacho de la Prefectura de Tumaco, ni tampoco la casa tiene azotea ni batería de agua.

c) La Gobernación, por resolución Nº 61, de 16 de enero de este año, declaró legal el arrendamiento del local para la Prefectura de Núñez, celebrado por el Sr. Prefecto con los señores Levy-Ardila, de Tumaco, declarando desistido el contrato de igual naturaleza que existía con la señorita Josefina Pereira. Dicha resolución no ha sido declarada nula ni ha sido revocada.

"El incumplimiento del contrato por parte de la señorita Josefina Pereira ha causado al Departamento un perjuicio mayor de ciento ochenta pesos, como lo demostraré oportunamente".

El Tribunal, al declarar no probadas las excepciones, hizo las consideraciones que van a transcribirse y que son ajustadas al derecho:

"Ninguna prueba ha aducido el señor Fiscal, a pesar de que expuso fundamentos de hecho, como el de que la señorita Pereira no cumplió el contrato, entregando unas piezas de la casa sin batería de agua, y que el incumplimiento causó perjuicios al Departamento. Los demás fundamentos son de derecho, ya que se deducen del contrato y de la Resolución de la Gobernación, por la cual está desistido el contrato.

"Bien ha dicho la Corte Suprema, al contestar a las razones del señor Procurador General, que las alegaciones hechas son hi-

pótesis que deben probarse, ya que del documento se deduce que las obligaciones del arrendador se cumplieron.

"El Tribunal ha sostenido que en los contratos bilaterales, si de ellos se deduce el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, no puede dictarse mandamiento ejecutivo, por más que aparezca una obligación clara contra uno de los contratantes; pues no probándose que el otro cumplió o estuvo dispuesto a cumplir, la obligación no sería exigible, aunque fuera clara; pero en el caso presente, las obligaciones de la arrendadora se cumplieron, como se analizó en el auto ejecutivo.

"No es razón el que las cuentas no se hubieran estampillado. Las estampillas se ponen por el recibo del dinero y no para que se ordene el pago, conforme a las disposiciones sobre Timbre. Y, además, no fueron rechazadas por ese motivo ni debían serlo, sino por la razón que expresa el ordenador al pie de la cuenta; lo que prueba que por esa razón fueron rechazadas.

"Al arrendador no le importa que por Resolución de la Gobernación se haya rescindido el contrato. Esa Resolución no es obstáculo para que el arrendador reclame su derecho ante el Poder Judicial, sin tener en cuenta la Resolución administrativa, la que, en este caso, no es una actuación oficial sino la manifestación del desconocimiento de una obligación, como lo haría un particular al declarar, por sí y ante sí, que no quiere cumplir un contrato. A nadie se le ha ocurrido pedir primero la nulidad de la renuncia del particular; y en este caso el Departamento tiene que ser considerado como sujeto de Derecho Privado y no de Derecho Público".

En el auto ejecutivo dijo la misma entidad: "Por los términos del contrato, se ve que el local fue entregado desde el 4 de junio de 1933 y, conforme al certificado del señor Secretario de la Prefectura, fojas 5 vuelta, la oficina de la Prefectura ha venido ocupando el local arrendado hasta que fue trasladada a la casa de Levy y Ardila..."

La Corte, al revisar el antecitado auto, se expresó así: "Aparece también como recaudo la demostración de que el Departamento ha dejado de pagar la suma demandada, con el pretexto de que celebró otro contrato; y como está probado, hasta ahora, que la ejecutante ha cumplido las obligaciones que adquirió, hay que concluír que estas demostraciones satisfacen las exigencias del artículo 892 del Código Judicial".

Con todo, el señor Procurador, en esta segunda instancia, dice lo que a continuación se reproduce:

"Los contratos bilaterales, por sí mismos, no traen aparejada ejecución, o mejor, no presta mérito ejecutivo por la razón de que la exigibilidad de las obligaciones de una parte depende del cumplimiento de las obligaciones de la otra. Tales contratos podrán fundamentar una ejecución solamente cuando se establezca plenamente el incumplimiento de una parte y el perfecto cumplimiento de la otra.

"En el caso presente no se ha demostrado de manera satisfactoria y plena el cumplimiento de todas las obligaciones de la parte demandante. Entre ellas está la de haberse comprometido a reparar el inmueble arrendado (cláusula segunda) y no existe la prueba que exige la ley de que se hubieran hecho las reparaciones necesarias, oportuna y convenientemente. Entre los compromisos de la demandante estaba el de proporcionar una batería de agua, el que no fue cumplido. Fue por tales motivos o causas que el Departamento tuvo que desocupar la casa de la demandante y arrendar otra.

"De tal manera que el incumplimiento del contrato por parte de la señorita ejecutante causó al Departamento un perjuicio mayor del monto de los arrendamientos que se le cobran por medio de esta ejecución.

"También quiero respetuosamente llamaros la atención sobre otro punto, y es el de que las cuentas presentadas para el cobro no se hallan estampilladas, por lo cual no prestan mérito ejecutivo ni pueden tenerse como válidas para exigir el pago".

La alegación anterior estriba en el concepto de que los contratos bilaterales no sirven por sí mismos para basar una ejecución. Tal reparo sería lo que el excepcionante llama "carencia de derecho o improcedencia de la acción", que no es propiamente una excepción sino más bien el resultado de una litis en que el actor sale vencido por no haber demostrado la acción establecida.

Ejecutoriado como está el auto ejecutivo, no es lógico argumentar con la improcedencia de la acción o alegar que el documento contentivo de un contrato bilateral no preste mérito ejecutivo.

Los hechos relacionados por el señor Procurador, que son casi en substancia los mismos que invoca el excepcionante, podrían dar margen para fundamentar la excepción que éste denomina "petición fuéra de tiempo", o más técnicamente, "antes de tiempo".

Para que esta excepción —cuyo apoyo podría encontrarse en el artículo 1609 del Código Civil— prospere, no basta que el contrato sea bilateral, pues cuando en éste consta el cumplimiento de las obligaciones debi-

das por la parte ejecutante, y ésta ha afirmado que la otra no ha cumplido las obligaciones que evidentemente sean claras y expresas y exigibles, la ejecución es procedente. Así, si en un contrato de compraventa, que es bilateral, consta que el vendedor hizo entrega de la cosa vendida y cumplió todas las demás obligaciones que según el contrato debían preceder al precio, dicho vendedor podría exigir ejecutivamente del comprador el pago del precio.

Tratándose de un arrendamiento, en que el arrendador ha concedido el goce de la cosa y cumplido las obligaciones que naturalmente debieron preceder al pago del canon, puede afirmarse que el pago de éste es exigible ejecutivamente por el arrendador, siempre que el contrato reúna también las condiciones de forma que requiere el artículo 982 del Código Judicial.

En los contratos en que las obligaciones de las partes son alternadas y sucesivas, "el tiempo debido" de que habla el artículo 1609 del Código Civil para que una parte cumpla o se allane a cumplir el contrato no llega mientras el otro no haya cumplido su anterior obligación, o se haya allanado. De suerte que es indispensable examinar, en primer lugar, si quien reclama de otro el cumplimiento de una obligación ha cumplido con la suya o si era llegado "el tiempo debido" para cumplirla.

La Corte ha dicho: "Las obligaciones deben cumplirse en el orden que dispone la ley o en el orden estipulado en el contrato".

Consiguientemente, la ejecución con contratos bilaterales es algunas veces procedente; otras no. Todo depende del cumplimiento o allanamiento y del "tiempo debido".

En el caso actual, como lo dijo el Tribunal, de los términos del contrato surge la convicción de que la señorita Josefina Pereira, desde el 4 de junio de 1933, había dado el goce del local, el que "se compone de seis piezas grandes y cómodas para el despacho de la Prefectura, y de una azotea con su correspondiente batería de agua para el servicio de la oficina", como lo dijeron los contratantes.

La cláusula segunda del contrato, referente a reparaciones, constituía obligación, pero únicamente cuando ocurrieren daños. Entretanto no ocurra esto, no le ha llegado a la arrendadora el tiempo debido para hacer tales reparaciones. El excepcionante no ha traído prueba alguna que demuestre que esa obligación, sometida a una eventualidad, se haya hecho exigible. No hay, pues, probanzas que demuestren los hechos alegados.

Sin necesidad de más consideraciones, 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 providencia apelada. En consecuencia, continúe la ejecución, como se decretó.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO

Existiendo la comprobación de que el demandado cumplió el contrato, en virtud de haber entregado aquello a que se obligó en él, no puede declararse la acción resolutoria impetrada ni la consecuencial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

Por libelo de cinco de julio de mil novecientos treinta y cuatro, el señor Procurador, obrando en nombre de la Nación, demandó por la vía ordinaria a los señores Ignacio Martínez, Juan Bautista Santacruz y José Antonio Guerrero, vecinos de Pasto, para que por sentencia definitiva declarase la Corte:

"1º—Que el contrato número 7836 de cuatro de diciembre del año pasado (1933), celebrado por la Sección de Provisiones del Gobierno Nacional, representada por el señor Gobernador de Nariño, con el señor Ignacio Martínez, de Pasto, sobre compraventa de sesenta y cinco monturas para la Policía Nacional, por valor de $ 1,592.50, cuyo duplicado acompaño, ha quedado resuelto por no haberse cumplido por el señor Martínez lo pactado; y

"2º—Que como consecuencia de la resolución de dicho contrato, el señor Ignacio Martínez y sus fiadores solidarios y mancomunados, señores Juan Bautista Santacruz y José Antonio Guerrero, están obligados solidariamente a pagar a la Nación la suma de $ 1,592.50, valor del precio ya entregado al citado Martínez, y a indemnizarle los perjuicios correspondientes".

Como fundamentos de hecho se adujeron los siguientes:

"1º—Que el señor Neftalí Rojas, Secretario de Hacienda, encargado de la gobernación del Departamento de Nariño, autorizado previamente, y en representación de la Sección de Provisiones del Ministerio de Gobierno, celebró el contrato mencionado;

"2º—Que el contratista no cumplió lo pactado, pues las monturas que entregó estaban pésimamente confeccionadas y eran de material de la peor clase;

"3º—Que el señor Martínez recibió la totalidad del precio concertado;

"4º—Que los señores Juan Bautista Santacruz y José Antonio Guerrero se constituyeron en fiadores solidarios del citado Martínez".

Los demandados contestaron conviniendo en los hechos 1º, 3º y 4º, y contradiciendo el 2º, y oponiéndose al derecho invocado por la parte actora.

Procede ya decidir el asunto, para lo cual se considera:

En cuanto a la facultad del señor Procurador para iniciar el pleito, aunque ella no aparece al establecerse la demanda, por no existir orden o instrucciones del gobierno, de conformidad con el mandato del artículo 171 del Código Judicial, basta la resolución ejecutiva número 62 de 1935, en la que el Gobierno Nacional dice que aprueba "la autorización dada al señor Procurador General de la Nación para la iniciación de la demanda que presentó a la Corte". Esta resolución sanea el vicio inicial de la personería de la parte actora, que queda así completada satisfactoriamente.

A la demanda se acompañaron el contrato, un oficio de la Dirección de la Policía Nacional y un dictamen del señor Comandante de la División de Carabineros.

Los demandantes presentaron con la contestación respectiva, copia del acta de entrega de las monturas, que fueron recibidas por comisionados de la Gobernación de Nariño. En dicha acta consta lo que sigue: "Se examinaron las monturas y sus accesorios y se encontraron (sic) que para su trabajo se habían empleado materiales de primera clase".

También, durante la dilación probatoria, los demandados, por medio de su apoderado, doctor Manuel Granja, pidieron que los señores Parménides Zambrano, Tobías Acosta, Julio César Enríquez, Emiliano Torres y Segundo Trejo se ratificaran en las declaraciones que habían rendido extrajuicio.

Los ratificantes afirmaron acordemente que las monturas fueron hechas con los mejores materiales existentes en Pasto; que fueron entregadas satisfactoriamente a los comisionados de la Gobernación; que en su factura se puso especial esmero; que en el taller de talabartería del señor Ignacio Martínez se han confeccionado obras para el Regimiento "Boyacá" de la unidad de Pasto y para el Grupo "Cabral" de la ciudad de Ipiales, y que dicho establecimiento goza de buena fama.

Por su parte el señor Procurador, para comprobar la verdad de los hechos aducidos en la demanda, solicitó la práctica de una inspección ocular con auxilio de peritos, diligencia que se verificó el día once de junio del corriente año.

El pliego de cuestiones formulado al respecto fue como sigue: "... si dichas monturas, tanto por la manera como fueron confeccionadas como por el material empleado pueden considerarse como de primera calidad; si en ellas se empleó el mejor material de cuero del país; si están dotadas de todos los accesorios de que trata el punto a) del contrato número 07836, de 4 de diciembre de 1933, que obra en este expediente, y la clase y condiciones de dichos accesorios; si las monturas fueron efectivamente hechas según el estilo americano; y en fin, si por su material, confección y acabado responden satisfactoriamente al objeto de ellas".

La parte de la cláusula del contrato, referente a las cuestiones solicitadas, es como sigue: "Martínez..., se compromete: a)—A confeccionar, con destino a la Policía Nacional, sesenta y cinco (65) monturas de estilo americano, del mejor material de cuero del país, y cada una de ellas con sus respectivas pecheras, aciones, guardabarros, estriberas, cincha, funda para caucho, grupa, bridas, jáquima, cabezada y alforjas delanteras, llamadas comúnmente bizcocheras..."

Los peritos Jeremías Eraso y Jesús Garcés dictaminaron así: "Las sesenta y cinco monturas, recibidas por el gobierno nacional y que son materia de este dictamen, consta cada una de ellas de los elementos o aperos estipulados en el contrato firmado en la ciudad de Pasto, a saber: son de estilo americano; fueron construídas con el mejor material que se produce en el país; sus aparejos son: pechera, aciones, guardabarros, estriberas, cincha, funda para caucho, grupa, bridas, jáquima, cabezada y alforjas delanteras. Siendo de advertir que tanto el cuerpo de las monturas como sus accesorios, están confeccionados dentro del estilo americano, de manera que ellas cumplen satisfactoriamente con el objeto para que van a ser empleadas.

"En cuanto a la pregunta que nos fue hecha verbalmente por el señor Procurador General de la Nación, de que si los remaches en lugar de las costuras en algunas partes de las monturas, tales como las correas de la cincha, dan la misma garantía o no son mejores que dichas costuras, hemos de declarar que estos remaches ofrecen la misma seguridad que las costuras, y en las partes sujetas a roces frecuentes, son superiores, debido a su menor desgaste. El remache metálico ofrece mayor resistencia que las costuras, puesto que éstas, sujetas a la intemperie, por su natural calidad, son más propensas al deterioro".

Para la recta apreciación de este dictamen, se tiene en cuenta: Se trata, en primer lugar, de hechos sujetos a los sentidos, como puede verse por la lectura del pliego de cuestiones que se tranacribió; y sobre esto, dos de los peritos conceptuaron uniformemente. Respecto a la inferencia consistente en que las monturas cumplen satisfactoriamente para el objeto que van a emplearse, la sana crítica no podría desestimar el dictamen, porque los peritos hicieron la deducción, teniendo a la vista las monturas que examinaron detalladamente, como consta en el mismo peritaje; y no hay razón alguna para que se desconfíe de los conocimientos prácticos de los peritos ni de la imparcialidad con que obraron. Sobre esta base, el dictamen demuestra claramente un hecho sujeto a los sentidos; y la apreciación de él por el juzgador en cuanto a la fuerza probatoria en relación con las inferencias, debe hacerse sujetándose a la sana crítica que indica como norma el artículo 723 del Código Judicial, es decir, obedeciendo a concepto formado con clara razón, a juicio derivado de lógica y armónica conexión entre los fundamentos y las deducciones. Tal crítica induce a resolver, ante la claridad de las deducciones hechas por los peritos, que éstas son ciertas.

El concepto del señor Comandante de la División de Carabineros, emitido sin las formalidades legales, puesto que ni siquiera está precedido de un juramento, es una mera información, que no es suficiente para desvanecer la fuerza probatoria del peritazgo. Tal información no adquiere mayor fuerza, al unirse al dictamen del perito de la Nación. Luego conserva su capacidad probatoria el concepto de los peritos Eraso y Garcés.

El hecho principal sobre que rueda la controversia es el 2º, en el cual la parte actora sienta una proposición que no puede considerarse como negación indefinida, puesto

que asevera que la parte demandada no cumplió el contrato por la razón que enuncia en dicho hecho, de que las monturas estaban pésimamente confeccionadas y eran de material de la peor calidad. La Nación demandante no logró demostrar este hecho básico de la acción, siendo a ella a la que correspondía la carga de la prueba. Y aunque se sostuviera que era al demandado a quien incumbía la prueba del cumplimiento del contrato, cuya falta le anotaba el actor, el peritazgo practicado, que es una prueba común para las partes, ha establecido que el contratista demandado sí cumplió con las obligaciones a que se refirió el hecho de que se trata.

Lo anterior lleva a la conclusión de que la acción invocada no se probó, sin que sea preciso discutir si las excepciones propuestas por los demandados tienen o no ese carácter, ya que es sabido que la carencia de derecho o de acción no son propiamente excepciones.

El derecho invocado por el actor se basa en los artículos 1546 y 1884 del Código Civil. El primero consagra la acción alternativa de pedir la resolución de un contrato o su cumplimiento, en caso de que no se cumplan las obligaciones; y el segundo establece que "el vendedor es obligado a entregar lo que rezа el contrato".

Existiendo la comprobación de que el demandado cumplió el contrato, en virtud de haber entregado lo a que se obligó en él, no puede declararse la acción resolutoria impetrada ni la consecuencial.

Por razón de lo expuesto, la Sala Civil de Única Instancia de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, cópiese y notifíquese. En oportunidad, archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Angel, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

RECTIFICACION

En el número anterior de la GACETA JUDICIAL (1904), se publicó la sentencia de la Corte en el pleito de Ernesto González Piedrahita y otros contra Apolinar Guzmán.

En dicha publicación hubo tres errores; que deben corregirse así:

Página 44, segunda columna, primer párrafo: donde dice "1929", debe leerse "1921"

Página 52, primera columna, primer párrafo: donde dice "citado", debe leerse "situado" (última palabra).

Página 58, segunda columna, primer párrafo: donde dice "artículos 1805 y...", debe leerse "artículos 1805 y 2199".

INDICE

Pág.

Editorial.—Derechos de los hijos naturales. Luis F. Latorre U. 99

Colaboración Jurídica.—Sociedades.—Miguel Moreno Jaramillo 107

SALA DE CASACION CIVIL

Aguas. Demanda sobre uso de unas aguas. **Se casa** la sentencia dictada por el **Tribunal Superior de Buga**, en el juicio ordinario de Daniel Cabal, en representación de su esposa Teresa Martínez, contra Ramón Tascón y Leonidas García por el uso de unas aguas.—Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel 111

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Miguel Moreno Jaramillo en la sentencia de 11 de junio de 1935, dictada en el juicio ordinario de Daniel Cabal contra Ramón Tascón y Leonidas García, por el uso de unas aguas ... 118

Ilegitimidad de la personería del demandado.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Juan de Dios Medina contra la sucesión de Juan de la Cruz Medina y sociedad conyugal Medina-Toro. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 125

Mutuo con interés.—Conversión de plata en oro.—Repetición de pago ejecutado en virtud de un error de derecho.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por Luciano Herrera contra Delfín Martínez. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 129

Reivindicación.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido por Enrique Uribe Mayne contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 141

Etica forense.—Acciones de nulidad de un documento y de un juicio ejecutivo. No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Julio César Garzón contra Ramón Venegas Mora. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 146

Demora en la devolución de los autos.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio rescisorio seguido por la sociedad Debah y Compañía, Jorge y Ernesto Lemos contra Carlos Zamorano. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 154

Reivindicación.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Miguel S. Uribe Holguín contra María de Jesús Duque de Montes y otros. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 159

Reivindicación.—En qué libros deben registrarse ciertos títulos y documentos. No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio seguido por Alejandro G. López y Enriqueta López contra Francisco Becerra, Luis F. Becerra y otros.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 166

Responsabilidad del arrendatario en caso de incendio.—Art. 2005 del C. C.—Diferencia entre la prueba del caso fortuito y la prueba de la ausencia de culpa.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio seguido por Antonio y Bonifacio Faillace contra la sociedad de comercio "A. Held". Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 175

Reivindicación.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Eduardo Sarmiento Barreto contra Salomón Toquica y Epifanio Lovera. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón. 187

Acciones petitorias de dominio y de reivindicación. — Asignación testamentaria condicional.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario seguido por Luis F. Rincón Castro como apoderado de Tito Pablo Avella y otros contra la comunidad de las Hermanas de la Presentación. Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 192

Aclaración 200

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Juicio Militar.—Se declara nulo lo actuado en el proceso seguido contra el Ca-

INDICE

Pág.

pitán Marco Cerra Pertuz, desde la diligencia de sorteo de vocales. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 201

Homicidio.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Tomás Becerra, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 205

Homicidio simplemente voluntario. — Respuesta del Jurado sin modificación alguna.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en la causa contra Ramón Ruales, por homicidio.— Magistrado ponente Dr. Pedro Alejo Rodríguez... 209

Homicidio.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona, en la causa contra Manuel A. Ramírez, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 212

Homicidio.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Reyes Martínez, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo .. 217

Homicidio.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Eutimio Morales, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo .. 218

Homicidio simplemente voluntario.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Fernando Jaime, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 221

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Prescripción de la acción ejecutiva. Se declara probada en el ejecutivo seguido por el Juez 2º Nacional de Ejecusiones Fiscales contra Arturo Matiz R. y Eduardo A. Rueda. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. ... 224

Oposición de la Nación a un bien rematado. Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de oposición de la Nación a la entrega de un bién rematado por Urbano Rengifo. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 226

Fianza exigida coercitivamente en vía ejecutiva.—Se revoca el auto ejecutivo, se suspende el juicio y se decambargan bienes en el ejecutivo seguido por el Recaudador de Hacienda Nacional de Guadalupe contra Dimas Trujillo. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 232

Excepción en juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva.—Se declara probada la excepción de la inexistencia de la obligación en el juicio ejecutivo seguido por la Administración de Hacienda Nacional de Manizales contra Mercedes Vallejo J. y Jesús María Botero Jaramillo. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo ... 223

Excepción en juicio ejecutivo. Se declara no probada la excepción de inexistencia de la obligación y se ordena seguir adelante la ejecución en el juicio seguido por el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra Blas Viñas P. y José Jaime. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 235

Objeciones a un dictamen pericial.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Bogotá en que se deciden unas objeciones al dictamen pericial hechas por el Fiscal del Tribunal en el juicio de los señores Domiciano Quiñones y María Olarte contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 238

Apelación de un auto ejecutivo.—Se confirma el auto ejecutivo en el juicio del señor Jesús M. Sierra contra el Departamento de Cundinamarca, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 240

Excepciones en juicio ejecutivo.—Se declaran no probadas las excepciones de fuerza mayor y error de cuenta propuestas por Nabor Forero R., en el ejecutivo que le adelanta el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 242

Reposición de un auto.—Se repone el de fecha 28 de agosto de 1935, en que se resolvió el recurso de apelación contra el del Tribunal Superior de Pasto, sobre admisión de una demanda de tercería de Alonso Moncayo, en el ejecutivo que el Departamento de Na-

INDICE

Pág.

riño adelante contra el Dr. Gonzalo Benavides Guerrero y otros. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 244

Título ejecutivo.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Manizales, en el cual se negó la ejecución en la demanda intentada por el Dr. Clímaco Villegas como apoderado del Municipio de Salamina contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 246

Perjuicios.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario, por perjuicios, seguido por Hernando Restrepo e Isabel Restrepo de R. contra el Departamento de Antioquia. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 248

Excepciones en juicio ejecutivo.—Se declara probada la excepción de error de cuenta propuesta por Arturo Vanegas en el juicio ejecutivo que le adelanta el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 250

Excepciones.—Se declara probada la de inexistencia de la obligación propuesta por Enrique de Narváez y Eduardo Gamboa, en el juicio ejecutivo que les adelanta el señor Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 253

Apelación de un auto ejecutivo.—Se revoca el auto dictado jor el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales contra el señor Julio R. Romero. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 257

Apelación de un auto.—Se revoca el auto ejecutivo dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín contra la sociedad Escobar Osterrieth & Cía. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 258

Incidente sobre nulidad.—No se decreta la causal de nulidad alegada por el Procurador General de la Nación en el juicio que adelanta el señor Luis Preciado contra el Ferrocarril del Pacífico por reivindicación de unos inmuebles. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 260

Incidente de nulidad.—Se confirma el auto dictado por la Administración de Hacienda Nacional en el ejecutivo contra Juan Izquierdo Toledo.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 261

Apelación de un auto ejecutivo.—Se revoca el dictado por la Administración de Hacienda Nacional de Medellín contra la Cervecería Antioqueña consolidada. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 262

Acción petitoria sobre pago.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio seguido por Francisco López y Pedro Uribe Mejía contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 266

Perjuicios.—Se confirma en parte y se revoca en parte la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio seguido por la sociedad urbanizadora "La Favorita" y Roberto Wills contra el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 271

Excepciones en juicio ejecutivo.—Se confir-.....ma la providencia del Tribunal de Pasto en que se deciden y se declaran no probadas las excepciones propuestas por el Fiscal de dicho Tribunal en el juicio ejecutivo que contra el Departamento de Nariño adelanta la señora Josefina Pereira. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 285

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Demanda de resolución de un contrato.—Se absuelve a los demandados, de los cargos formulados en la demanda instaurada por la Nación contra Ignacio Martínez, Juan Bautista Santacruz y José Antonio Guerrero, sobre resolución de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 288

Rectificación 290

Código Civil

EDICION EN PASTA INGLESA · MAS DE 880 PAGINAS

POR EL DOCTOR

José Antonio Archila

CONCEPTOS SOBRE LA OBRA:

Bogotá, marzo 26 de 1936.

Señor doctor don José Antonio Archila.—E. L. C.

Muy estimado amigo:

Una vez más ha obligado usted mi reconocimiento con el bondadoso envío, en lujosa edición de su **Código Civil Colombiano y Leyes Adicionales y Reformatorias.** La impresión que usted ha hecho de esta obra honra verdaderamente al país, no sólo en cuanto a la presentación material, que no deja qué desear, sino—lo que es más aún—por el orden adoptado y por la abundancia de referencias y de notas ilustrativas, que constituyen valiosa ayuda para todo el que tenga que consultar ese cuerpo de leyes. Muy completos y en gran manera útiles son también los suplementos, y creo ha sido un acierto de su parte el clasificar las materias que los componen en forma que los cuatro primeros suplementos correspondan, respectivamente, a los cuatro libros del Código, y el quinto a las leyes de carácter general. Excelente me ha parecido asímismo el estudio de carácter jurídico y constitucional que con el modesto título «Palabras del Editor», ha colocado usted al frente de su obra; e igualmente hay que alabar el laborioso y útil «Indice Analítico», que le sirve de remate.

He recibido, pues, la más favorable impresión al recorrer las páginas de la nueva obra con que ha venido usted a enriquecer la Codificación Nacional y a prestarnos señalado servicio a todos los que tenemos que vivir trajinando con los artículos e incisos de nuestra frondosa legislación.

Junto con mis agradecimientos más cordiales le ruego aceptar también mis parabienes efusivos por haber llevado usted a cabo con tanto éxito la publicación de esa obra, a la cual le ha dedicado tan inteligentes y perseverantes esfuerzos.

Su afectísimo amigo y seguro servidor,

Emilio Ferrero

Señor doctor don José Antonio Archila.—Presente.

Muy distiguido amigo:

Ante todo, manifiesto a usted mi agradecimiento por la distinción que me ha dispensado al obsequiarme con el hermoso volumen titulado **Código Civil Colombiano**, en gran formato, cuidadosa y nítidamente editado por la casa Editorial Cromos.

Esta obra suya pone en la mano los múltiples elementos que andan dispersos en los millares de números del **Diario Oficial**, haciendo así su consulta rápida y segura, ventaja enorme que sólo pueden apreciar los que trajinan diariamente con nuestro derecho civil.

A la corrección de los textos, que de suyo exige incesantes comparaciones con los originales, se aúna la abundancia de citas de los cánones que reglan casos análogos tanto del mismo Código como de los otros que integran nuestro derecho privado. Esta exigente y esmerada labor multiplica las ventajas de su código, haciendo de cada capítulo una completa monografía a las normas que se relacionan con la materia de que se trata.

Tan importante obra representa el esfuerzo constante de una voluntad firme y generosa al servicio de una inteligencia privilegiada; y ojalá que el provecho material compensara en algo sus desvelos.

Por último, presento a usted mis sinceras felicitaciones por su nueva producción, y aprovecho la oportunidad para repetirme su atento amigo y S. S.,

Félix Cortés

VALOR DEL EJEMPLAR $ 5.00

POR CORREO $ 5.50

Para pedidos dirigirse a Editorial CROMOS

APARTADO 442. — BOGOTA.

No se envían ejemplares de esta obra en consignación. Los pedidos son en firme y deben venir acompañados de su valor.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIII Bogotá, Agosto de 1936 NUMEROS 1907 y 1908

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento". **(Siete partidas.—Ley XIII).**

"Summa ítaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite". **(Prooemium Institutionum D. Justiniani).**

PRESUNCION DE MEDIANERIA

Obdulio Palacio M.

(apartes de un estudio)

El derecho de medianería puede no ofrecer tropiezos de ningún linaje cuando consta o por alguna señal aparece que el cerramiento se ha hecho de común acuerdo y a expensas comunes: que en tales circunstancias le asiste a cada propietario colindante el derecho en mención, es cosa no sujeta ni a dudas ni a cavilaciones. Tampoco ocurrirán dificultades cuando uno de los condóminos ha adquirido la medianería con los requisitos del artículo 912, es decir, pagando al otro la mitad del valor del terreno en que está hecho el cerramiento y la mitad del valor actual de la porción del cerramiento cuya medianería pretende. Pero como no siempre se presentan las cosas en tan definida situación, vióse el legislador en el caso de señalar cierta norma razonable que, a la vez que consultase el interés social, el interés público, mirase también por el individual y previniese el posible y no raro choque del derecho propio con el ajeno. De aquí la pauta que para semejantes ocurrencias ha trazado el artículo 911 en sus dos incisos, o sea la presunción de medianería cuando no hay título o señal que la acredite con evidencia.

Antes de avanzar, paréceme preciso estampar algunas prenociones o verdades preliminares que han de dar claridad en el estudio que me propongo, no obstante saberlas vosotros al dedillo.

a) La medianería es servidumbre legal según la clasificación de nuestro código civil, y la ley la ha establecido por motivos de interés social, igualmente que de conveniencia particular: lo primero, porque se ha tenido en mira no derrochar ni descabalar los predios, ni en la ciudad, ni en los campos, con cerramientos del todo innecesarios, como también dispendiosos para quienes los construyeran. En el estado actual importa no desperdiciar un palmo, un ápice de territorio. La densidad y lo compacto de la población es lo que se busca y a eso propenden los legisladores. Todavía más: sería de repugnante aspecto y ofendería el gusto de quienquiera que no sea un necio, el sistema de construcción en que de edificio a edificio o de fundo a fundo hubiera un intervalo, un callejón y un cierro doble, por consiguiente. Hasta la estética quedaría maltrecha con ese peregrino y desgarbado construír.

Así, que por mi parte me sonaría bien en este sentido aquella proposición que a otro

respecto sienta un eximio pensador alemán: **el suelo es el pueblo**; ni juzgaría extemporáneo el decir de Alberdi: **poblar es gobernar.** Todo lo cual patentiza que el suelo, en cualquiera acepción que se use, es de capital importancia en la vida de los pueblos, como a diario lo están demostrando los sabios, sobre todo en lo que hace a criminalidad y en lo que mira a las obras de arte.

Y cómo se mudan los tiempos y cómo nos mudamos nosotros con ellos! Vosotros recordaréis que en el pueblo rey de la legislación, sobre ser bien deficiente en este particular, era muy otra que la nuéstra y que la vigente en las naciones que llevan sangre de los del Lacio. En efecto: la ley 13 del Digesto ordenaba que entre casa y casa debía guardarse cierta distancia, lo mismo que entre fundo y fundo: de dos pies en el primer caso; de uno en el segundo; de donde el nombre de **insulae**, islas, con que se designaban las casas, porque en realidad eso eran: cada propiedad estaba aislada de la convecina; y también las callejuelas —**ambitus**, decían los romanos— que eran resultado necesario de las prescripciones de la ley. Remontando más, hallo que antes del Digesto, ya las XII Tablas habían consignado esta disposición: "Entre los edificios debe dejarse para la circulación un espacio vacío de dos y medio pies". (Tabla XII, 1). Omito otras en gracia de la brevedad.

Por supuesto, esos mandatos tenían entonces su razón de ser, que no era otra— hasta donde a mí se me alcanza— que librarse del incendio a que estaban expuestos los edificios por su construcción de madera íntegramente o en su mayor parte al menos. No fuera la capital del orbe de tan combustible material, y librárase de la horrenda conflagración a que la entregaron los galos senones, acaudillados por el implacable Breno. Y entiendo que este hecho memorable marca la transición de los edificios de madera a los de piedra y de material permanente.

Item más: filólogo hay que deriva la palabra latina **aedes**, —edificio, casa—, de la raíz **idh**, que vale incendiar, quemar, lo que nos lleva como de la mano a suponer el principal papel que la madera desempeñaba en las construcciones.

Excusadme la digresión, que si vosotros tenéis bien sabidas estas cosas, para muchos no dejan de tener su señuelo.

Que se vela por el interés privado, se desprende genuinamente de lo que llevo expuesto: quien tiene a su favor la medianería goza de un donativo legal que le presta seguridad a su casa o a su predio con no muy crecidas expensas, y lo exenta de erogar dineros que pueden dar ganancia pingüe utilizados en otra forma. De otro lado, dice un expositor, se coadyuva la movilización del capital empleado en el cerramiento. De suerte, pues, que en la medianería corren parejas la utilidad pública y el provecho particular, cada uno en grado bien visible.

He aquí por qué no estimo fundado de todo en todo el dictamen del insigne Chacón, de que la medianería entraña una expropiación por causa de utilidad privada.

En resumen, la pared medianera hace lo que un cerramiento o pared doble en otras circunstancias; más claro, no siendo medianera. Así lo está pregonando su propio nombre: medianería; así lo exprime en francés la voz **mitoyenneté**, que algunos deducen de estas otras: **moi** y **toi**, como quien dice, la pared medianera es mía y tuya, y otros del arcaico **mitan**, medio, mitad. Por supuesto, dudo si la etimología fonética ha metido la mano en la primera derivación...

b) De acuerdo con la ley civil colombiana, la medianería es la regla, no la excepción, aunque como limitación de la propiedad, el señorío, tal vez le cuadre el último calificativo.

c) Arranca de aquí otro principio cardinal, es decir, admitiendo que la servidumbre sea limitación, restitución, ha de interpretarse con la más severa rigidez, sin ampliar las disposiciones que se rozan con ella, las cuales deben aplicarse sólo a los casos para que están escritas.

Esto sentado, inquiero yo si la locución **edificios**, que campea en el primer inciso del artículo 911, se refiere exclusivamente, como lo entienden muchos, a la parte que tiene techo, a un departamento cubierto, requisito sin el cual ha de ser exótica y torcida la aplicación que de él se haga; en otros términos, si de un lado de la pared medianera o sobre ella hay edificio techado, y del otro un zaguán al raso, patio o jardín, partes integrantes de un edificio, casa o palacio de distinto dueño, habrá lugar a presumir la medianería?

Con todo el encogimiento natural en quien apenas si ha trasfojado los códigos y conocido algo de la labor de los expositores, respondo que aun en el caso supuesto es de recibo la presunción de la medianería, y probaré a demostrarlo suscinta pero razonadamente.

No sé yo que la ley haya definido en alguna parte para determinados efectos la palabra, y, por ende, mientras tál no suceda, debemos entender por **edificio** lo que nos

digan los diccionarios calificados de la lengua, y dar por cierto que se usa en su sentido natural y obvio (art. 28 del C. C.). Por mi parte, tomo el académico, y encuentro: "**Edificio** (del latín **oedificium**) obra o fábrica de casas, palacio, templo, etc." El **oedificium** latino resulta de **oedes** y **fico** o **facio** hacer casa, edificar, en suma. Si acudo a Escriche, perito no sólo en la ciencia del derecho y en toda suerte de la legislación, sino también versado en humanidades, leo en su famoso Diccionario: "**Edificio:** Toda obra o fábrica de casa, palacio, templo u otra cosa, ya se halle construída de piedra o de ladrillo, ya de tierra, madera o cualquiera otro material".

Edificio es, pues, una voz genérica que abarca todas y cada una de las partes de que se compone, y que puede ser de tantas especies cuantas las necesidades a que se destina y cuantos los gustos, los posibles y aun los caprichos de quienes los fabrican: casa, palacio, quinta, granja, templo, etc. De suerte que castiza y legalmente hablando, así es edificio el mísero tabuco del pordiosero como la artesonada y lujuriosa mansión de los Fúcares; así el taller del más abatido artesano como la espléndida y refulgente oficina del empingorotado banquero.

Por cuya razón no entiendo qué fundamento hay para restringir los amplios términos de que se vale el artículo 911 a una sola de las partes de un edificio. Si la ley no entra en distinciones, ¿a qué establecerlas nosotros?

Lo que hay es que si la pared de separación de los edificios, además de deslindarlos, soporta el techo de uno o de ambos, concurre motivo doble para presumir la medianería, a saber: la razón potísima que ha dado origen a esta institución, impedir la coexistencia innecesaria de dos muros, cuando uno es más que suficiente, y luégo el servir de apoyo o soporte; si bien no debe perderse de vista que lo último presupone ya en rigor la medianería y es más propiamente efecto que no causa de ella, de forma que no debiera ser base obligada para fundar una presunción. Por sobre los detalles asoma ineluctablemente el objeto cardinal de todo muro medianero.

Es fácil, sí, que la pared común sea de tales condiciones que no venga bien presumir la medianería, como cuando de un lado hay un edificio de cal y canto, de varios pisos, que por lo mismo exige más espesor, más solidez, mejores cimientos, y del otro, una casucha cualquiera. Pero como la ley se expide para los casos generales, no para los de excepción, en nada se amenguan las consideraciones que he asentado; y por eso disiento de la respetable opinión de Marcadé en este punto, con tanto mayor razón cuanto queda el campo de desvirtuar la presunción como la ley misma lo prevé.

Más todavía: puede darse el caso, y no una vez, de que la pared de separación no sirva de apoyo a uno de los edificios, como acaece con lo que llamamos aquí gráficamente **tope, derecho de tope,** que en realidad no es sino una faz de la medianería, o mejor, la medianería bautizada con un nombre casero y más expresivo a veces, aunque no reconocido por nuestras leyes. Habrá lugar entonces a la presunción consabida? Yo, consiguiente con mi modo de entenderla, mantengo la afirmativa, porque si esa pared no presta apoyo, sí sirve de cierro, y esto sólo es suficiente para el efecto. Chacón diría lo contrario, y ante su ciencia, apenas emito tímidamente mi concepto.

Colígese en rigurosa lógica que para la ley civil cada muro intermediario es medianero, por lo menos mientras no se haga patente otra cosa, ya que, siendo una presunción legal meramente, queda expedita y franca esa vía para quien quiera acogerse a ella. Lo uno es la regla; lo último, la excepción. En hecho de verdad, el artículo que vengo estudiando da por medianera la pared divisoria de edificios, así como cerramiento entre corrales, jardines, y campos, siempre que en este último caso las dos superficies contiguas estén **claustradas,** con lo cual— tengo para mí— ha querido la ley prever y señalar en cifra, si vale decirlo, y con la precisión que gasta, las diversas ocurrencias posibles en este particular. Queda, por ende, fuéra de la órbita de la medianería presumida el cerramiento alzado entre corrales, jardines y campos, cuando alguna de las áreas aledañas sólo está cercada por uno, dos o tres lados, circunstancias en que, dicho sea de paso, no atino con el criterio que ha de usar el juzgador; si adherirá al filosófico dictamen de Pardessus, de tener por medianero cualquier muro aun aislado, estante entre dos heredades, o si deberá arrimarse a quienes defienden que la memorada disposición del artículo 911 ha de aplicarse sólo a los casos que ella ha fijado literalmente, por aquello de **exceptio strictissimae interpretationis,** a que ya aludí. Por mi parte creo que hay razones de fuste para lo primero, y no las expongo por no hacer más cansada esta disertación.

Es de saberse que Pardessus, el concienzudo expositor, avanza el concepto de que un muro que se encontrase entre dos prados, v. gr., o entre dos tierras no cercadas por todos los lados, habría razonablemente

de considerarse común a los dos condueños, dado que no hubiera por otra parte señales o pruebas de propiedad exclusiva de uno u otro.

Pero me diréis: entonces, ¿qué quiere decir el segundo colon del inciso que se examina, cuando asienta que la medianería se presume únicamente "en la parte que fuere común a los edificios mismos"? ¿No está restringida la acepción del vocablo **edificios** por esas expresiones? Ignoro si voy muy descaminado, pero me parece que la limitación se refiere al caso en que habiendo techo o algo parecido, uno de los edificios es más alto que el otro, porque así las cosas, lo natural y equitativo es presumir la medianería sólo hasta donde alcance el edificio más bajo, pues no es correcto en manera alguna que al dueño de éste se le eche una carga por razón de un muro que no utiliza sino en parte.

Se aclarará y fundará mejor esta doctrina, recordando que el artículo 653 del código napoleón estatuye que se presume medianera toda pared de separación de edificios **jusqu'a l'heberge**, esto es, que los divide hasta el techo, según la interpretación de Littré y de Baudry-Lacantinerie.

Puede ocurrir también que uno de los edificios esté a linde con un predio desnudo de toda cerca o cerrado sólo por uno, dos o tres lados. Entonces tampoco ha lugar la presunción.

Quiero, sin embargo, suponer, dando por flacas las razones anteriores, que la voz **edificios** no tenga sino el sentido restricto apuntado, que no signifique lo que enseña el diccionario de la lengua, que no se refiera sino a la parte techada, dejará por eso de ser exacta y bien fundamentada la presunción en lo que hace a las otras partes del edificio? Tampoco. Y al efecto, traslado el artículo 904 del código civil que, palabra por palabra, dice:

"Art. 904.—El dueño de un predio podrá obligar a los dueños de los predios colindantes a que concurran a la construcción y reparación de cercas divisorias comunes..."

"La cerca divisoria, construída a expensas comunes, estará sujeta a la servidumbre de medianería".

No es lícito deducir de aquí que una pared divisoria por un lado de un edificio en sentido restricto, y por otro, de un jardín, v. gr., o de un zaguán sin techo, es medianera en virtud de la presunción legal? No es muy natural y concorde con la razón suponer que esa pared se ha construído a expensas comunes, o sea de uno y otro condómino, ya que éste puede obligar a aquél al cerramiento, conforme al artículo transcrito?

Así es que el artículo 911 y el 904 se buscan y se integran naturalmente. Las disposiciones de un código no pueden aislarse para interpretarlas. En dos palabras: si la pared no es de presumir medianera por un motivo, sí lo es por el otro.

¿O será que **predio** es únicamente un lugar sin edificio alguno, un terreno erial, coco lo llama Chacón, o vacío, vacuo, según el decir de Demolombe? No lo concibo, y me basta conferir la disposición del artículo 904 con las de los artículos 879, 880 y 909, entre otras, para persuadirme de que esa palabra comprende los fundos propiamente tales, así como las casas, palacios, etc.; cosa tanto más cierta cuanto en nuestro código se ha arrumbado la añeja división de las servidumbres en rústicas y urbanas: allí se habla de servidumbres prediales, o simplemente de servidumbres...

Y así, para finalizar, resumo y concreto mis ideas:

La presunción de medianería que consagra el artículo 911 del código civil, en su inciso primero, reza no sólo con la parte techada del edificio (y doy a techar el sentido etimológico de cubrir, **tengere**), sino con cualquiera de sus partes integrantes: jardines, corrales, patios, etc. Para lo primero puede haber doble motivo: servir la pared de cierro y a la vez de apoyo; para lo segundo sólo habrá la de servir de cierro, pero en ambos casos el muro es medianero.

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(continuación)

411.—En la obra titulada "El error en los contratos", por Raymond Célice, hallamos algunas interesantes doctrinas francesas sobre derecho de sociedades:

Varios individuos habían comprado acciones en una sociedad fundada contra ciertas prescripciones legales. La sociedad funcionó un tiempo, quebró después, y en el estado de quebra se descubrió la nulidad en que había incurrido. Los compradores de acciones pidieron la resolución de los respectivos contratos, alegando que éstos recayeron "sobre títulos nulos".

Ocupada en varios litigios de este género la audiencia de Lyon, dictó en un mismo día, 22 de enero de 1884, tres sentencias en que rechazó las pretensiones de los adquirentes.

Fundóse la audiencia en que si la acción existía realmente en el momento del contrato, existe también después de la nulidad pronunciada, porque no es un título de crédito sino un título de propiedad sobre una parte alícuota en el fondo común, tal y como se halla en el momento de la liquidación. Mas como ese fondo común existe siempre, no se puede decir que haya habido error sobre la sustancia. Esto equivale a decir que la nulidad no ha ocasionado ninguna modificación en la acción, y que, por consiguiente, no es posible equivocarse sobre las cualidades objetivas del título, que eran y permanecieron como se las había supuesto.

Algunos meses más tarde, y en las mismas circunstancias, a petición de accionistas contra los cuales, a raíz de una quiebra, se hacía una reclamación de fondos para el capital que aún no se había depositado, la audiencia de Lyon fue llamada a resolver nuevamente la cuestión. Esta vez también declaró válida la negociación, y lo hizo considerando que las partes contratantes pretendieron comprar los títulos, tales como eran, con sus posibilidades de alza o baja; que no se preocuparon en modo alguno de las condiciones en las cuales se hubiese constituído la sociedad; que fueron atraídos por las probabilidades de alza previstas por ellos, y que no es cierto que no hubiesen comprado, aún conociendo la falta de depósito de la cuarta parte en el momento de la constitución, ya que posteriormente esa irregularidad había sido reparada. De este modo, leemos en Célice, "los adquirentes cometieron efectivamente un error, pero este error recayó sobre un extremo completamente accesorio y fue de tal naturaleza que sin él hubieran contratado lo mismo. Por otra parte, tenían bien presente, de una manera particular, cierta cualidad del título, puesto que querían un título de especulación; pero esta cualidad existía. No había, pues, ningún enlace entre la cualidad que había sido determinante y aquella sobre la que había recaído el error, y he aquí que estas consideraciones nos muestran de nuevo los dos elementos de la noción de sustancia con los cuales el error debe estar simultáneamente en relación para producir algunas consecuencias jurídicas".

El tribunal de casación no había de tardar en manifestar su opinión sobre estas dificultades, y el 3 de junio de 1885 la sala de lo civil rechazaba el recurso interpuesto contra una de las sentencias de Lyon de 22 de enero de 1884, recogiendo la idea de que la nulidad de una sociedad no tiene efecto retroactivo, y que, por consiguiente, las acciones de esta sociedad conservan sus caracteres. El 29 de junio del mismo año dictaba una nueva sentencia en el mismo sentido.

Después, la audiencia de París resolvió, el 28 de abril de 1887, que no puede haber error en la venta de acciones de una sociedad nula, puesto que todos los derechos referentes a esa clase de intereses pueden ejercerse en la asociación de hecho que sustituye a la sociedad de derecho, y la sala de lo civil, el 9 de noviembre de 1892, no se había apartado de los principios que había establecido precedentemente. No hay error sobre la sustancia, conforme a su doctrina, allí donde las cualidades objetivas del

título adquirido permanecieron idénticas y donde el conocimiento que se tuvo de la irregularidad de la sociedad no hubiera impedido la negociación.

Se constituyó una sociedad en comandita para compra y venta de terrenos. Hizo esa sociedad adquisiciones considerables, y el gerente reclamó a los accionistas la parte de capital que no habían entregado. Diez y seis de ellos se negaron y formularon demanda de nulidad contra el expresado gerente. Pretendían ser víctimas de un error, consistente en que se les había hecho entrar en una sociedad comercial, siendo así que toda convención sobre compra y venta de terrenos, que son operaciones civiles, sólo podía constituír el objeto de una sociedad civil. El 19 de febrero de 1840 la audiencia de Rouen rechazó la demanda, porque el error de derecho de que habían sido víctimas no podía acarrear la anulación del acto sino cuando hubiese sido el fundamento único del consentimiento. Se había comprobado al mismo tiempo que el error no había afectado más que estipulaciones accesorias y que dejaba subsistente en toda su fuerza la voluntad de las partes sobre el objeto mismo del contrato. Se interpuso recurso contra esa sentencia, con apoyo en que si el error no había sido substancial, debía al menos producir la nulidad como atinente a la naturaleza de la convención. Pero a estos argumentos el tribunal de casación respondía el 9 de junio de 1841 que "al decidir, sin explicar la naturaleza de la sociedad, que en todos los casos el demandante asociado estaba sujeto por el vínculo de derecho resultante de su consentimiento", la audiencia de Rouen no había violado la ley ni los principios del derecho.

Comenta Célice:

"Esta jurisprudencia está demasiado conforme con los sentimientos que hemos expresado, para que tratemos de contradecirla. A nuestro modo de ver, no sólo muestra mucha razón y buen sentido, sino además una sana comprensión de los principios jurídicos. Ella busca únicamente si la voluntad ha existido, y ¿por qué había de investigar más allá, siendo la voluntad quien crea el efecto jurídico? ¿Por qué fijarse en consideraciones accesorias estando demostrado que esas consideraciones sólo han desempeñado un papel incierto en la voluntad de las partes? ¿Por qué, si existe una base objetiva suficiente para soportar dos obligaciones válidas, habrían de anularse esas dos obligaciones con el vano pretexto de que, en virtud de esfuerzos hábiles pero llenos de artificio, tal o cual jurista los habría considerado como elementos de contratos diferentes? Basta, para que haya contrato, que dos voluntades coincidan sobre un punto, y poco importa que, sobre ese punto, no haya lugar suficiente para construír una categoría jurídica". (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).

412.—Será de rigor publicar el extracto **precisamente** dentro de los quince días siguientes a la fecha de la escritura social, so pena de incurrir en la misma sanción de nulidad absoluta entre los socios, en que se incurre cuando no se hace el registro comercial del extracto dentro de ese perentorio término?

No lo es.

El código de comercio colombiano, como los de otros países, da suma importancia a la publicación por la imprenta del extracto social.

Registrado comercialmente el extracto, se publica en un periódico del departamento, y no habiéndolo, por carteles fijados en tres de los parajes más públicos del domicilio social (art. 470 del C. de C.).

En su artículo 469, manda el código que dentro de los quince días inmediatos a la fecha de las escrituras sociales, entreguen los socios en la secretaría del juzgado del lugar en que se establezca el domicilio social (ley reciente habla de las cámaras de comercio), un extracto de ellas, certificado por el notario que las hubiere autorizado.

El artículo 470 repite el principio de que el extracto será registrado en la secretaría del juzgado en donde se presente, y agrega que también será publicado en un periódico del departamento, y no habiéndolo, por carteles fijados en tres de los parajes más públicos del domicilio social.

Con fundamento en que el artículo 469, que fija término imprrogable, habla del **registro** del extracto pero no de su publicación, es jurídico concluír que si aquella solemnidad debe cumplirse en el plazo dicho, a esta última exigencia puede atenderse válidamente aun después de transcurridos los quince días. La demora en publicar podrá ser perjudicial a la sociedad en sus relaciones con terceros, pero no es lícito ver en esa demora un motivo de nulidad. El genio de la legislación colombiana excluye las nulidades virtuales y las de analogía. El extracto debe publicarse, cierto, y la ley sanciona el omitir su publicación. Pero no diciendo expresamente que ello debe cumplirse dentro de los quince días fijados para el registro comercial, es científico concluír que la demora en la publicación no produce nulidad. A las sociedades les importa sobremanera publicar el extracto inmediata-

mente después del registro comercial, especialmente para que no se les creen ciertos problemas con terceros. Pero la publicación no es una solemnidad cuya omisión o retardo anule el contrato. (Tomo I, Nos. 36, 86, 138, 141 y 142. Tomo II, Nos. 157, 159, 175, 176, 184, 185, 187, 222, 234 y 254. Tomo III, Nos. 291, 294, 317, 333, 335, 336 y 338).

413.—De "Doctrinas legales del tribunal superior de Ibagué, en materia civil", por el doctor Antonio Rocha, tomamos las que aparecen en los números siguientes, del 414 al 419, inclusive:

414.—"Es principio general que a las sociedades extranjeras que se rigen por la ley de su domicilio no les son aplicables las disposiciones del código de comercio colombiano en cuanto al modo de establecerse y probar su existencia. Rigiéndose la sociedad extranjera por la ley de su domicilio, ella debe ser reconocida en Colombia y debe gozar de los mismos derechos que las leyes de la nación extranjera otorguen a las compañías colombianas. Como excepción a ese principio y en ejercicio de su soberanía, las leyes 27, 62 y 144 de 1888 introdujeron algunas formalidades con respecto a las sociedades anónimas extranjeras que tengan por objeto empresas de carácter permanente en Colombia, para el efecto de que se les reconozca su existencia, puedan comparecer en juicio. Vinieron luégo los decretos legislativos números 2 y 37 de 1906, que reformaron en su mayor parte las leyes de 1888".

"El decreto legislativo número 2 estableció para las sociedades domiciliadas fuéra del país, la protocolización del documento de su fundación y de sus estatutos y para las anónimas la protocolización de la autorización del Estado. Se les obligó a tener en el principal asiento de sus negocios un representante. Se impuso el registro del extracto de las escrituras y estatutos de la sociedad anónima y se exigió la publicación de esos extractos en el periódico oficial del departamento".

"Exigiendo, pues, la ley para toda clase de sociedades extranjeras que tengan negocios permanentes en la república, la protocolización del documento de su fundación, es claro que su existencia se prueba con copia de ese documento debidamente autenticado, o como lo dice el artículo 36 de la ley 40 de 1907, con la copia del extracto de la escritura social expedida por el secretario del juzgado en donde hubiere sido registrado".

"Como se ve, nada dicen las leyes colombianas respecto a las sociedades extranjeras que no tengan o establezcan empresas de carácter permanente en el territorio de la república".

"Para estas clases de sociedades rige en todo su vigor el estatuto personal, es decir, las leyes de su domicilio. Por consiguiente, basta para que puedan comparecer en juicio como demandantes que en cualquier forma acrediten la existencia de la sociedad y que el poder que ella confiera esté otorgado conforme a las leyes del país del domicilio de la sociedad, autenticado eso sí en la forma prevenida por nuestro código de procedimiento".

"Estas sociedades no necesitan presentar los extractos de la escritura social, que puede no ser necesario en el país de su domicilio para acreditar la existencia de la misma sociedad, ni las copias de los documentos de su fundación, como lo exigen la ley 124 de 1888 y el decreto legislativo número 2 a que se ha hecho referencia. Tampoco les son obligatorias las demás formalidades consignadas en las disposiciones citadas: obligación de nombrar un representante, registro del extracto social, publicación, etc."

"En un caso semejante, la corte sentó igual doctrina, en sentencia de 3 de agosto de 1923. (autos, 3 de marzo y 3 de mayo de 1926). (Tomo I, Nos. 36, 105 y 123. Tomo II, Nº 164. Tomo III, Nos. 321, 322, 323, 336 y 341).

415.—"Según el artículo 36 de la ley 40 de 1907, la copia del extracto de la escritura social expedida por el secretario del juzgado en donde se hubiera publicado, es prueba completa, sin que sea necesario acreditar que se han cumplido otras formalidades para que tenga vida jurídica la sociedad. No hay necesidad de presentar, conforme al mentado artículo, la escritura misma social" (sentencia, 31 de julio de 1929). (Tomo I, Nos 36 y 86. Tomo II, Nos. 175, 176, 222 y 234. Tomo III, Nos. 261, 291, 333, 335 y 338).

416.—"De acuerdo con el artículo 36 de la ley 40 de 1907, la copia del extracto de la escritura social expedida por el secretario del juzgado en donde el extrato hubiere sidio registrado, no es la única manera para acreditar la representación de una sociedad, ya que la locución 'se admitirán también como prueba' está dando a entender claramente que la ley consagra otros medios, entre los cuales está preferentemente la misma escritura social. El sentido del precepto citado es que se tenga como prueba de la representación de las sociedades, a falta de la escritura social, el extracto de la misma, expedida en la forma allí ordenada" (auto, 23

de febrero de 1925). (Tomo I, Nos. 36 y 86. Tomo II, Nos. 175, 176, 222 y 234. Tomo III, Nos. 261, 291, 333, 335 y 338).

417.—"Es regla aceptada por la jurisprudencia que la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería no consiste propiamente en que con el libelo inicial del juicio no haya venido el poder, sino en que realmente no lo tenga el pretendido apoderado, y si en el término de prueba correspondiente o antes de resolverse sobre la excepción se aduce el mandato, la legitimidad de la personería queda acreditada y eso precisamente es lo que se persigue en el incidente. Cosa distinta sería, dice el tribunal de Cundinamarca, la excepción de inepta demanda que se funda en los defectos legales de que adolezca el escrito, a que siendo el punto incidental controvertido de puro derecho, sobre la apertura a prueba, y la reforma de la demanda viene a ser una consecuencia de la prosperidad de la excepción..."

"Aparte de los requisitos de un poder que puedan llamarse exteriores o de forma, es indudable que pueden existir otros que hacen objetable la personería, como en el caso de que un demandante obre en representación de otra persona que al conferirle el poder hablara como tutor, administrador, etcétera, y las funciones de éstos hubieran terminado al tiempo del otorgamiento del poder respectivo, circunstancia que desde luego le daría fundamento a esta excepción de ilegitimidad de la personería..."

"Si la personería de las sociedades comerciales la tienen por disposición expresa del artículo 520 del C. de comercio los administradores, y si de otra parte, para el efecto de reconocer en juicio la personería jurídica de las sociedades y la representación de sus administradores, se admite, además, de la escritura social, la copia del extracto de la misma escritura en la forma que lo dispone el artículo 36 de la ley 40 de 1907, lógico es concluír que la calidad de administrador puede ser materia de la expresada excepción" (auto, 9 de marzo de 1925). (Tomo I, Nos. 34, 35, 107, 120 y 141. Tomo II, Nos. 191 y 192).

418.—"La excepción de ilegitimidad de la personería tiene lugar, entre otros casos, para que se acredite la personería del actor".

"Cuando se demanda para una sociedad y no a nombre propio, debe acreditarse previamente la existencia de dicha sociedad y el carácter de administrador de la misma que invoca el ejecutante, con la copia del extracto de la escritura social, según el art. 36 de la ley 40 de 1906, o si se trataba de una sociedad de hecho, por cualquiera de los medios probatorios que reconoce la ley" (autos, marzo 8 de 1924, abril 11 de 1924 y mayo 27 de 1924). (Tomo I, Nos. 34, 35, 107, 120 y 141. Tomo II, Nos. 191 y 192).

419.—"Para la existencia legal de las sociedades comerciales se requiere el otorgamiento de escritura pública y ciertas estipulaciones sin las cuales queda el contrato afectado de nulidad. Las sociedades civiles no son contratos solemnes y basta para su existencia jurídica que reúnan las condiciones que determina el código civil" (sentencia, 1º de marzo de 1928). (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 DE CASACION CIVIL

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.—DEMANDA POR PERJUICIOS

Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido la CAUSA del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester una relación NECESARIA entre la culpa y el perjuicio. Cuando el daño o el perjuicio no es resultado de una causa UNICA, sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubiesen reunido no habría habido daño, en tales casos, de acuerdo con la teoría de la CAUSALIDAD OCASIONAL, basta que entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera daño, exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En el caso frecuente de pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. En la hipótesis de pluralidad de causas, quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación TOTAL del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas a causar el daño, el demandado culpado, que ha indemnizado la totalidad del perjuicio, puede recurrir contra esas otras personas para que éstas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización pagada. Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea DIRECTO, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa PROXIMIDAD EN EL ESPACIO Y EN EL TIEMPO.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre diecisiete de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Hechos

1) Por documento privado de 1º de abril de 1924, se celebró entre el Municipio de Bogotá, debidamente representado por su Personero Municipal, por una parte, y Sady González y Lucio García, por la otra, un contrato por medio del cual estos últimos se comprometieron a construir el colector del río San Francisco, en el trayecto comprendido entre las carreras 6ª y 7ª En ese contrato, entre otras cosas, se estipuló lo siguiente: a) Que los contratistas González y García aceptarían como obligatorias las indicaciones que en la marcha de los trabajos les hiciera la Dirección de Obras Públicas Municipales; b) Que los mismos contratistas aceptarían el veto que la ingeniería municipal pusiera a los maestros albañiles y a la calidad de los materiales; c) Que los contratistas darían principio a la obra el día 21 de abril de 1924 y la entregarían terminada cuatro meses después.

2) Por documento privado de 12 de junio del mismo año, se celebró, entre las mismas partes, un contrato análogo al anteriormente mencionado, para la construcción del colector del río San Francisco, en el trayecto comprendido entre las carreras 4ª y 6ª, contrato que contiene las mismas estipulaciones de las letras a) y b) del punto anterior y conforme al cual los contratistas debían dar comienzo a esa obra después del día 16 de julio y entregarla terminada 150 días después.

3) De conformidad con el primero de los citados contratos se construyó, antes del mes de marzo de 1925, el colector, con sus alcantarillas laterales, en el trayecto comprendido entre las carreras 6ª y 7ª

4) Los contratistas González y García, por su parte, habían desviado, antes del mes de marzo de 1925, las aguas del río San Francisco, de su cauce natural, hacia el norte, entre las carreras 5ª y 6ª por medio de un tambre.

5) Asímismo, antes del citado mes de marzo de 1925, y por cuenta y orden de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, se habían ejecutado las siguientes obras en la misma zona: a) Relleno, con tierra, del cauce del río, que había dejado libre el colector entre las carreras 6ª y 7ª; b) Relleno de la luz del puente de Latas o de Gutiérrez en la carrera 6ª; c) Terraplén o levantamiento del nivel de la carrera 6ª entre dicho puente y el Parque de Santander.

6) El día 5 de marzo de 1925, debido a una fuerte avenida del río San Francisco que hizo represa contra el Puente de Latas o de Gutiérrez (cuya luz estaba tapada, según lo antes dicho), contra las obras de canalización del río y contra el terraplén de la carrera 6ª, a que se refiere la letra c) del punto anterior, el agua invadió la casa Nº 376 de la misma carrera, habitada por el doctor Manuel Sarmiento Castillo, y, como consecuencia de ello, se derrumbó esa casa y se destruyeron los muebles, enseres y demás objetos que en ella había, pertenecientes al doctor Sarmiento.

7) La referida casa tenía más de treinta años de construída, y en ningún tiempo, antes de empezarse las obras de canalización, había sufrido daños por avenidas o inundaciones del río San Francisco.

8) Es de advertir que la obra del colector se ejecutó, primero, en el trayecto comprendido entre las carreras 6ª y 7ª, y, después, en el trayecto comprendido entre las carreras 4ª y 6ª, y que el 5 de marzo de 1925, cuando ocurrió la grande avenida del río San Francisco, estaba concluída la obra en el primero de los sectores indicados, pero no en el segundo, y que todo ello obedeció a la circunstancia, ya antes apuntada, de que el Municipio contrató en abril de 1924 los trabajos referentes a la zona comprendida entre las carreras 6ª y 7ª, y varios meses después, en junio del mismo año, los otros trabajos.

9) En la esquina de la carrera 6ª se había dejado una abertura para procurar que por allí entraran las aguas al colector; pero en el momento de la avenida del río, y como consecuencia de la misma, ella fue obstruída por palos y basuras arrastrados por el agua.

II

Sentencia acusada

En el juicio que el doctor Manuel Sarmiento Castillo inició contra el Municipio de Bogotá para que se obligara a éste a pagar a aquél los perjuicios sufridos por motivo de los hechos relatados, el Tribunal de Bogotá, ante el cual se había apelado de la sentencia de primera instancia, condenó al expresado Municipio a pagar al actor los perjuicios sufridos por éste como consecuencia inmediata y directa de la destrucción de los bienes enumerados en la parte resolutiva de la sentencia, debiéndose fijar el importe de la condena en la ejecución del fallo. La misma sentencia del Tribunal declara no probada la excepción de fuerza mayor propuesta por el demandado, y absuelve a éste de lo demás que se pida en la demanda.

III

Fundamentos del recurso interpuesto

El apoderado del Municipio de Bogotá, al interponer el recurso de casación contra la expresada sentencia, alegó contra ésta la causal primera del art. 520 del C. J., así:

Primer cargo.—No se ha demostrado la relación de causalidad entre las obras ejecutadas por el Municipio y los daños o perjuicios sufridos por el demandante, pues no pueden aceptarse, como pruebas al respecto, ni lo que dicen los testigos sobre las causas de la inundación, ni el dictamen pericial, que figura en el folio 97 del cuaderno 2º, rendido por los señores Eliseo Pinto y Sabas Parra. Las declaraciones de los testigos, en cuanto éstos hacen apreciaciones sobre las causas del siniestro, no pueden tomarse en consideración, como lo reconoció el mismo Tribunal, porque "esa cuestión no es objeto idóneo de la prueba testimonial sino de la pericial"; y el precitado dictamen pericial tampoco puede tomarse en cuenta, porque un dictamen pericial no hace plena prueba sino en el caso en que los peritos estén de acuerdo en los puntos sometidos a su dictamen. Así, el Tribunal, al dar por probada esa relación de causalidad de que se ha hablado, violó los artículos 2341 y 2347 del C. C. y, además, violó, por error de hecho en la apreciación de las pruebas, los arts. 705 de la ley 105 de 1931 o el 551 del antiguo C. J.

Segundo cargo.—Al sostener el Tribunal que no hubo fuerza mayor o caso fortuito, violó, por errada interpretación, los arts. 1º de la ley 95 de 1890 y 1604 del C. C., pues en la misma sentencia se reconoce que quienes construían el colector del río dejaron una abertura en éste para que por ella penetraran las aguas; que tal abertura, en el momento de la avenida y como consecuencia de la misma, fue obstruída por palos y basuras arrastrados por las aguas; que el día 5 de marzo de 1925 cayó sobre la ciudad de Bogotá un torrencial aguacero que produjo una fuerte avenida del río San Francisco, y que la inundación producida por la avenida de un río es un caso fortuito.

Por otra parte —agrega el recurrente—, el Tribunal violó el referido art. 1604, no sólo en cuanto afirmó que el caso fortuito sobrevino por culpa del Municipio, sino también por haber aplicado al caso del pleito el inciso 1º de dicho artículo, a pesar de que la ejecución de las obras sólo era útil al acreedor o demandante, de manera que para

hacer al Municipio responsable se necesitaba la demostración completa de que a éste le era imputable la culpa lata. Por esto mismo, concluye el recurrente, hubo violación del art. 63 del C. C.

Por su parte, el apoderado del doctor Sarmiento Castillo interpuso recurso de casación y alegó contra el fallo en referencia la causal primera de las enumeradas en el art. 520 del C. J., con respecto a la cual expuso los siguientes fundamentos: a) Al sostener la sentencia que no es responsable el Municipio de los actos de los contratistas o de sus agentes, violó los arts. 2341 y 2347 del C. C., así como el 17 de la ley 99 de 1922, por interpretación errónea y aplicación indebida al caso del pleito, pues sostuvo el fallador que el Municipio, para la elección de los contratistas, no tenía completa libertad, y que ellos no estaban, con respecto al Municipio, en circunstancias o condiciones de dependencia que le permitieran a éste una intervención en la dirección de la obra tendiente a asegurar las precauciones que debían ser tomadas para no causar perjuicios a terceros, todo lo cual, en concepto del recurrente, es inaceptable, en primer lugar, porque fue el Municipio quien contrató las obras como consecuencia de las cuales se produjo la inundación; en segundo lugar, porque el Municipio sí gozaba de libertad para escoger los contratistas; en tercer lugar, porque los contratistas sí dependían del Municipio, y, finalmente, porque el Municipio ha debido estipular en los contratos la obligación de tomar todas las precauciones tendientes a evitar daños a terceros. b) Error de hecho en la apreciación de la prueba pericial y de la de testigos en que se fundamenta aquélla, por cuanto el Tribunal, al considerar arbitrario el dictamen de los peritos e insuficientes los datos suministrados por los testigos en los cuales se basó el dictamen pericial, dejó de tomar en cuenta el dicho de los testigos en relación con el estado de uso o de servicio de las cosas avaluadas, siendo así que las afirmaciones de tales testigos son parte integrante del dictamen y que éste no puede analizarse con prescindencia de las declaraciones en que se basa. c) Error de derecho, en cuanto el fallo desconoce la propiedad de un segundo piso y una pared edificados por el demandante, pues al sostener el Tribunal que no se había acreditado perjuicio por ese concepto, por no saberse si el demandante era propietario de la casa o simplemente arrendatario u ocupante de ella, desconoció el principio legal sentado en el art. 762 del C. C., de que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, con lo cual violó el Tribunal ese texto, así como los arts. 2341 y 2342 del C. C., ya que el doctor Sarmiento Castillo probó plenamente la propiedad y posesión de las mejoras, que era lo único necesario para el caso, pues para nada había que tener en cuenta la propiedad de la finca en que se habían hecho las mejoras. d) Error de hecho, en cuanto el fallo estima que el lucro cesante demandado carece de demostración en los autos y el dictamen pericial acerca de él carece de explicaciones y de pruebas, pues, por una parte, existen en autos declaraciones de las cuales se deduce que el doctor Sarmiento Castillo sí era médico en ejercicio, y, por otra parte, el lucro cesante demandado no lo fue por la privación del ejercicio profesional sino por la privación a que quedó sometido el demandante, de los objetos destruídos, que representaban para él un capital determinado, y con respecto a este lucro cesante demandado el dictamen de los peritos no puede considerarse arbitrario, pues él está fundado en las pruebas del expediente, en los conocimientos personales de los mismos peritos y en las deducciones de una sana lógica. Al sostener, a ese respecto, el Tribunal, que el dictamen de los peritos carece de explicaciones necesarias y también de pruebas y que, por tratarse de bienes distintos del dinero, no puede concluírse que el demandante dejara de percibir renta alguna por causa de la destrucción de las cosas, el Tribunal incurrió, además, en un error de derecho y violó los artículos 1613, 1615 y 2341 del C. C.

IV

Examen de los fundamentos aducidos por el Municipio

En relación con los fundamentos de casación aducidos por el Municipio —fundamentos que la Corte considera conjuntamente, por la íntima relación que hay entre ellos, ya que en todos los problemas de causalidad entre la culpa y el perjuicio, lo primero que hay que investigar es si una fuerza mayor excluye esa causalidad—, la Corte considera:

Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación necesaria entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría produci-

do. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de necesidad en la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa única sino de una serie de antecedentes, de suerte que si éstos no se hubieran reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la causalidad ocasional, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a culpa de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de pluralidad de causas, cada una de éstas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas a causar el daño, el demandado culpable, que ha indemnizado la totalidad del perjuicio, puede recurrir contra esas otras personas para que éstas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización pagada. La Corte de Casación francesa, sobre la base de una legislación menos amplia y comprensiva que la nuestra en esta materia— como que la nuestra contiene todo lo que aquella contiene y además otras disposiciones tendientes a ensanchar todavía más el dominio de la responsabilidad civil extracontractual—, ha hecho, en sentencias recientes, interesantísimas aplicaciones de las ideas que acaban de exponerse, entre las cuales pueden citarse, por vía de ejemplo, para ilustrar la cuestión, estas dos:

a) El dueño y conductor de un automóvil, sin cerrarlo debidamente y sin tomar ninguna otra precaución adecuada, lo dejó solo en la vía pública. Aprovechando esa negligencia, un ladrón que por allí pasó tomó el carro, lo puso en marcha y a las pocas cuadras atropelló gravemente a un peatón. La Corte francesa condenó, como responsable de los perjuicios sufridos por el peatón, al dueño del vehículo. Entre la culpa de éste y el daño era evidente para dicha Corte la relación de causalidad. Sin esa culpa el perjuicio no se habría producido.

b) Debido a la excesiva velocidad a que iba un tranvía, uno de los pasajeros, creyendo que el vehículo se iba a estrellar, se arrojó al suelo y con ello sufrió grave daño. La Corte francesa estimó que era responsable de este daño la empresa de tranvías por la relación de causalidad entre la culpa del conductor, que conducía a una velocidad irreglamentaria, y el perjuicio sufrido por el pasajero.

Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea directo, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa proximidad en el espacio y en el tiempo. En la que pudiera llamarse cascada de perjuicios que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, deben ser reparados, por el autor del hecho culpable, todos aquellos de los cuales se pueda afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin la culpa.

En el caso que se estudia —suponiendo que la corriente o avenida del río San Francisco, ocurrida el día 5 de marzo de 1925, pudiera considerarse como un acontecimiento súbito, imprevisible, lo suficientemente improbable para que no fuera necesario precaverse contra él al emprender trabajos de canalización como los que emprendió el Municipio—, la responsabilidad extracontractual de éste y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio siempre existirían, porque ese acontecimiento concurrió con una culpa del Municipio, sin la cual el daño no habría ocurrido. La culpa del Municipio consistió en haber efectuado, en la forma y en las condiciones en que las hizo, —sin las precauciones necesarias para evitar inundaciones como la que ocasionó el derrumbamiento de la casa que ocupaba el demandante—, las obras del terraplén de la carrera 6ª, relleno del cauce del río, relleno de la luz del Puente Gutiérrez, etc. Fue por el modo como estas obras se ejecutaron, por la falta de medidas adecuadas para prevenir inundaciones y por la negligente orga-

nización y disposición de los trabajos, por lo que pudo producirse, al ocurrir la avenida del río, la inundación que destruyó los muebles, enseres y objetos de la casa del demandante.

En tales condiciones es obvio, según lo antes expuesto, que el Municipio debe responder de la integridiad del perjuicio causado.

En cuanto a la prueba de la relación de causalidad, el asunto no es menos claro en el presente negocio.

Puesto que se trata de establecer la existencia de un hecho y no de un acto jurídico, son admisibles todos los medios de prueba y aún las simples presunciones que en casos como éstos desempeñan un papel decisivo (inciso final del artículo 9º de la ley 153 de 1887).

De acuerdo con el artículo 666, lo esencial es que los hechos que suministran los indicios o conjeturas relativos al hecho investigado estén plenamente probados. En cuanto a las deducciones que el juez hace de esos hechos, él tiene completa libertad de apreciación.

En el caso presente el tribunal, fundándose —no propiamente, como lo dice el recurrente, para fundar su recurso, en el concepto emitido por los testigos, sobre relación de causalidad entre la culpa del Municipio y el daño—, sino en los hechos positivos acreditados por los mismos testimonios y que constituyen indicios o conjeturas sobre el hecho principal investigado, que es el de la relación de causalidad, dedujo la existencia de ésta con absoluta independencia de las conclusiones que a su vez habían sacado los mismos testigos de los hechos por ellos afirmados.

El Tribunal rechazó, como prueba adecuada de la relación de causalidad, las opiniones expuestas por los testigos al respecto; pero, sobre la base de las diversas afirmaciones concordantes de éstos en relación con hechos concretos susceptibles de ser plenamente establecidos por la prueba testimonial, dedujo la relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, encontró, y con razón, que esa relación estaba acreditada por medio de presunciones.

Entre esos hechos concretos hay varios tan significativos, en orden al establecimiento de la referida presunción, como el de que la casa existía hace más de treinta años, sin que nunca hubiera sido afectada por una inundación, a pesar de que en ese lapso habían ocurrido varias avenidas o crecientes del río que, no encontrando barreras infranqueables, como las creadas por el Municipio durante la construcción de los colectores, no causaban inundaciones. En el caso que se estudia, en cambio, las obras efectuadas por el Municipio represaron las aguas, causando con ello la inundación, sin que la pequeña abertura que se había dejado, dizque para que penetraran las aguas al colector, evitara la represa y la consiguiente inundación, pues tal abertura se obstruyó rápidamente con palos y basuras arrastrados por las mismas aguas, como lo reconoce el propio recurrente. De tal suerte que la referida abertura, lejos de servir de disculpa al Municipio, relieva la negligencia, el descuido, la culpa de éste, ya que —dada la circunstancia obvia de que toda avenida o creciente de ese río arrastra palos y basuras— la rápida obstrucción, por ese motivo, de la pequeña abertura está pregonando que en lugar de haber empleado el Municipio, las diligencias y precauciones necesarias para evitar posibles represas e inundaciones, hubo por parte de él, ese "error de conducta" de que habla Geny como característico de la culpa, en el cual no habría incurrido una persona diligente y prudente colocada en las mismas circunstancias.

De todo lo cual resulta que el Tribunal no violó los arts. 2341 y 2347 del C. C. al hallar probada la relación de causalidad entre la culpa del Municipio y el daño del demandante, ni violó los arts. 705 de la ley 105 de 1931 o el 651 del antiguo C. J., porque el Tribunal no le dio alcance de prueba pericial a la testimonial sino que, sobre la base de los hechos demostrados por medio de ésta, dedujo la relación de causalidad; ni violó los arts. 80 de la ley 105 de 1890 y 722 de la ley 105 de 1931, porque no fundó la existencia de la relación de causalidad en el dictamen al cual le niega el recurrente el valor de plena prueba.

Tampoco violó los arts. 1º de la ley 95 de 1890 y 63 y 104 del C. C. al establecer que el Municipio no probó la excepción de fuerza mayor porque aun suponiendo que el acontecimiento invocado por tal demandado hubiera reunido evidentemente las características de irresistibilidad e imprevisibilidad, indispensables para la fuerza mayor, dicho acontecimiento no fue la causa única del perjuicio, sino una de las causas que concurrió a producir el daño con una culpa del Municipio sin la cual aquél no habría ocurrido.

En lo atinente al cargo de violación del art. 1604, por no haber aplicado al caso del pleito el inciso 1º, exigiendo, para deducir la responsabilidad del Municipio, una culpa lata, bastará observar que aquí no se trata de un caso de responsabilidad civil contrac-

tual sino de un caso de responsabilidad contractual al cual es extraño dicho inciso. Y que —aun cuando no fuera— tampoco es exacto que las obras ejecutadas por el Municipio sólo fueran útiles al demandante, el cual no era siquiera dueño de la casa.

V

Examen de los fundamentos aducidos por el actor

Con respecto al primero de los fundamentos aducidos por el apoderado del doctor Sarmiento, la Corte considera que, como lo dice acertadamente el representante del Municipio, "los conceptos del fallo que acusa en este cargo el recurrente, no le infieren agravio alguno porque la sentencia condenó al Municipio de Bogotá como responsable de las inundaciones que determinaron la destrucción de la casa. Por una u otra razón, el Tribunal halló culpable al Municipio por las inundaciones; los concetos que se acusan en este cargo no le infieren agravio alguno al recurrente, pues, aun en el caso en que la Corte no los encontrara conformes con el derecho, no podría revocar la sentencia para disponer lo mismo que el fallo recurrido dispuso".

Con respecto al segundo de los fundamentos, la Corte se limita y tiene que limitarse a manifestar que en la apreciación que hizo el Tribunal del dictamen pericial, no sólo no aparece manifiestamente en los autos el error de hecho de que habla el recurrente, sino que el Tribunal, para llegar a la conclusión a que llegó de que el dictamen "no estaba debidamente fundamentado", como lo exige la ley, se apoyó en lo mismo que los peritos dijeron sobre la falta de fundamentos suficientes para el desempeño de su misión. En efecto, éstos afirmaron: "Hacemos presente la dificultad que encontramos a fin de establecer la clase, calidad, estilo y estado de los aludidos muebles, objetos y edificaciones, para haber podido así dictaminar con más acierto. Unicamente consta en la demanda y en las declaraciones que el estado de uno de los muebles era nuevo y el de otros usado y antiguo, sin decir si la madera de los muebles era de nogal, su construcción tallada y forrados en cierta clase de tela". Y al referirse en detalle a cada uno de los muebles, advierten que no saben si era extranjero o de construcción nacional, ni saben si era de madera fina o de madera ordinaria ni si era forrado en hule o forrado en tela, si era tallado o no, etc. Mediando tales advertencias de los peritos, mal puede haber incurrido en error de hecho el Tribunal al apreciar, como apreció, que el dictamen no estaba debidamente fundamentado como lo exige el art. 721 para que haga plena prueba. Ni vale agregar, como lo hace el recurrente, que "en la apreciación de la prueba pericial el Tribunal cometió error de hecho, desestimando las declaraciones en que el dictamen se apoya y no tomando en cuenta el dicho de los testigos en relación con el estado de servicio o de uso de las cosas avaluadas", pues en tales declaraciones no se encuentran los datos concretos, que los mismos peritos echaron de menos, en relación con los materiales empleados en la construcción de los muebles, con la calidad de la construcción, etc.

Por lo que hace al tercero de los fundamentos aducidos por el demandante, la Corte considera que el Tribunal no incurrió en error de derecho al estimar que no se había acreditado la existencia de perjuicios por razón de la destrucción del segundo piso y de la pared". "El demandante no ha alegado ni probado —dice con mucha razón el Tribunal— que la casa mencionada y el lote correspondiente fueran de su propiedad. Tampoco se ha demostrado ni intentado demostrar a qué título tenía la finca en su poder, para deducir si a las edificaciones llevadas a efecto por él le son aplicables las reglas de la accesión, del arrendamiento u otras, para deducir si las edificaciones eran o no de su propiedad y, por consiguiente, si la destrucción de tales mejoras ocasionó perjuicios al demandante o a una persona distinta de él". El mismo recurrente reconoce "que el demandante no alegó ni probó la propiedad de la casa y el lote en que estaba edificada, porque el inmueble es de pertenencia de una sucesión ilíquida en la cual el demandante es heredero". En tales condiciones —dado lo que disponen los arts. 738, 1993 y 1994 del código civil, y no sabiendo el fallador en cuál de los varios casos previstos por tales artículos estaba el demandante—, no era posible decretar indemnización en favor del actor por razón de la destrucción del segundo piso y de la pared de que se ha hablado. El texto legal según el cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, no habría podido ser aplicado por el Tribunal, al caso, en la forma en que lo pretende el recurrente, porque se trataba de edificaciones, reparaciones o mejoras en un inmueble con respecto al cual ni siquiera se alegó propiedad y que, según la afirmación del propio recurrente, no pertenece a quien dice haber hecho tales mejoras, reparaciones o edificaciones. Cuando éstas se hacen en inmueble

ajeno —y como tal lo tenía que considerar el Tribunal, dado el tenor de la demanda— se rigen, según el caso, por alguno de los citados arts. 739, 1993 o 1994, y en consecuencia, aunque se sepa que han sido hechas por determinada persona, no hay lugar a aplicar la presunción del art. 762 del mismo código.

Finalmente, con respecto al cuarto de los fundamentos aducidos, la Corte considera que tampoco hubo error de hecho "en cuanto el fallo estima que el lucro cesante carece de demostración en los autos y que el dictamen pericial acerca de él carece de explicaciones y de pruebas". El Tribunal encontró con razón que el avalúo de $ 3,000.00 dado por los peritos al lucro cesante, no está, en el peritazgo, "debidamente fundamentado". No incurrió el Tribunal en error de hecho al hacer esa afirmación, desde luego que los peritos se limitaron a decir lo siguiente: "Y teniendo en cuenta por una parte la profesión de médico que ejerce el demandante, y la circunstancia de haberse paralizado forzosamente la explotación de sus actividades profesionales, por causa de la destrucción de todos los elementos con que podía atender decorosamente a sus clientes; y por otra, la privación a que quedó sometido de esos mismos elementos que representaban para él un capital determinado, el lucro cesante de que habla la demanda, lo estimamos en $ 3,000.00". Suponiendo que, como lo dice el recurrente, estuviera probado que el doctor Sarmiento Castillo ejercía la profesión de médico, no se sabe, ni los peritos le insinúan siquiera, por cuánto tiempo y en qué condiciones se vio privado del ejercicio de su profesión, por consecuencia inmediata y directa de la inundación de la casa, ni cuál fuera aproximadamente la utilidad pecuniaria que derivara de la misma profesión, así como tampoco se sabe— porque los peritos nada dicen al respecto— qué factores tuvieron en cuenta para concluir que el actor dejó de reportar una ganancia o provecho de $ 3,000.00 por razón de la destrucción de sus muebles. Tampoco incurrió el Tribunal en error de derecho que lo condujera a la violación de los arts. 1613, 1615 y 2341, al sostener, para llegar a la conclusión de que el avalúo de $ 3,000.00 dado al lucro cesante por los peritos no estaba debidamente fundamentado que, "tratándose de bienes distintos del dinero, que estaban destinados al uso del demandante, no puede concluírse que éste dejara de percibir renta alguna por causa de la destrucción". Los peritos habían expuesto, como fundamento del avalúo del expresado lucro cesante, "la privación a que quedó sometido (el demandante) de esos mismos elementos que representaban para él un capital determinado". El Tribunal, sin perder de vista que una cosa es la pérdida sufrida (damnum emergens) y otra lo que se haya dejado de ganar por la destrucción de las cosas (lucrum cessans), y sin olvidar que la reparación o indemnización del daño o perjuicio abarca uno y otro elemento, pero en cuanto ellos aparezcan demostrados y en la medida en que lo estén, no consideró que fuera el caso de decretar el pago de la suma fijada por los peritos como monto del lucro cesante, porque la prueba de éste y la fijación de su cuantía requieren que el respectivo dictamen pericial sea "debidamente fundamentado", y es obvio que, en lo concerniente al elemento del lucro cesante, el dictamen— como se ve claramente por la misma transcripción antes hecha—, lejos de estar debidamente fundamentado, carece en absoluto de fundamento, pues no puede considerarse como tal la aseveración de que el demandante, fuera del daño que recibió por la pérdida sufrida, dejó de ganar $ 3,000.00 por la privación de sus muebles. En realidad, el dictamen con otras palabras contiene esa aseveración como fundamento único del avalúo de $ 3,000.00 dado al lucro cesante.

Siendo el lucro cesante uno de los elementos constitutivos del perjuicio, el Tribunal, al condenar al Municipio de Bogotá "a pagar el valor de los perjuicios sufridos por el demandante como consecuencia inmediata y directa de la destrucción" de los bienes enumerados en la parte resolutiva del fallo, es claro que no excluyó en principio el lucro cesante que efectivamente haya podido existir y en la medida en que haya existido. A lo que se negó el Tribunal, con razón, fue a condenar al Municipio de Bogotá a pagar —por concepto del lucro cesante que haya podido sufrir el actor— la suma de $ 3,000.00, y para ello el Tribunal consideró que un dictamen pericial no "debidamente fundamentado" no podía constituir prueba suficiente sobre el hecho concreto de que el actor hubiera dejado de ganar $ 3,000.00 por razón de la destrucción de los muebles, enseres y útiles de su casa de habitación.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma el fallo acusado, dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el día cinco de septiembre de mil novecientos treinta y tres.

Como el Municipio no puede ser condenado en costas, se condena únicamente al actor al pago de las que se hayan causado por virtud de su recurso.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase oportunamente al Tribunal.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Miguel Moreno J. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PERJUICIOS.—ABUSO DEL DERECHO

El uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconsciente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituye un caso de culpa civil. Notorio es el sistema de la ley colombiana de enjuiciamiento civil de imponer al vencido la obligación de restituir las costas procesales al vencedor sólo en el caso de que aquél haya sido TEMERARIO o MALICIOSO al sostener la acción, excepción, oposición o incidente (artículo 575 del C. J.), salvo las excepciones legales. El exceso de daño sufrido posiblemente, distinto de costas, a consecuencia de una acción judicial temeraria o maliciosamente ejercitada, es necesario demostrarlo como objetivamente cumplido, a causa y con motivo de aquella actuación, en acción ordinaria y distinta, con audiencia del litigante temerario o malicioso y ya dentro de las normas generales de responsabilidad que informan el artículo 2356 del C. C. Los hechos invocados como base de la acción ejercitada en el juicio no constituyen abuso del derecho. Ni estudiando el asunto a la luz de la concepción clásica o INTENCIONAL (presentada, en la doctrina, por Ripert, y en la legislación por el código alemán); ni estudiándolo a la luz de la concepción FUNCIONAL (proclamada en la doctrina por Josserand y en la legislación por el código soviético), puede clasificarse el caso como abuso del derecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos pertinentes en casación.

1º El Juzgado 2º en lo Civil del Circuito de Medellín decretó el 11 de mayo de 1932 el embargo preventivo y el secuestro de un almacén de cacharros, denunciado por el doctor Alfonso Restrepo Moreno, con poder especial que le confirió la señorita María de Jesús Jaramillo V., como de propiedad de don Manuel Restrepo L., deudor de la señorita Jaramillo de una suma de pesos.

2º En el acto de verificarse el secuestro reclamó don Eduardo Restrepo E. esos bienes como de su pertenencia y de su hermano Alberto, y el Juzgado, obrando de acuerdo con lo previsto en el artículo 278 del C. J., dejó al tercero reclamante, señor Eduardo Restrepo E., como secuestre del almacén, a quien le previno que debía cumplir los deberes de mandatario remunerado, según lo dispone el segundo aparte del artículo 287 del código citado.

3º Durante la misma diligencia, a pesar de la oposición, insistió el doctor Restrepo Moreno, como apoderado de la señorita Jaramillo V., en el embargo de los bienes, y durante el inmediato y posterior juicio ejecutivo de ésta contra don Manuel Restrepo L. se ventiló la correspondiente articulación, en la cual, conforme al artículo 1021 del Código de Procedimiento, "sólo se controvierte si el tercero, en este caso Eduardo y Alberto Restrepo E., es legítimo poseedor cuya posesión debe respetarse conforme a las leyes".

4º Cinco meses después, o sea el 10 de octubre de 1932, el juez a quo falló la discusión levantando el secuestro de la cacharrería, por considerarla, dice, de propiedad de Hijos de Manuel Restrepo L., o sea de Eduardo y Alberto, y condenó a la acreedora señorita Jaramillo al pago de las costas de la articulación.

5º Su apoderado, doctor Restrepo Moreno, apeló de esa decisión, diciendo: "El colmo de lo que le puede pasar a un litigante honrado, es que a fuerza de defender una causa tan justa como es ésta, en contra de un deudor inescrupuloso, resulte debiéndole dinero a los hijos de éste, de quienes se valió aquél para eludir el pago... Se pondrá la justicia en su punto, revocando el desembargo y sobre todo esa odiosa condenación en costas".

6º Sabido es que el cuarto aparte del artículo 1021 del C. J. dispone al efecto que "si se resuelve a favor del tercero, se pone fin al secuestro, y si hay temeridad (subraya la Corte), se condena al ejecutante en las costas y a pagar al tercero una multa de diez a mil pesos..." En estos autos no hay constancia alguna de que el juez a quo hubiera impuesto multa, sino apenas costas, a cargo de la ejecutante señorita Jaramillo V.

7º El Tribunal Superior de Medellín confirma las conclusiones del inferior en cuanto a posesión y propiedad de la cacharrería a favor de los señores Alberto y Eduardo Restrepo E., pero no en cuanto a las costas impuestas por él a cargo de la ejecutante. A este respecto, después de analizar las pruebas de una y otra parte, el auto del Tribunal se expresa así: "Esta circunstancia, que es notoria, debió haberla tenido en cuenta el señor juez a quo para no haber condenado en costas, ya que así desaparece la apreciación de que se hubiera sostenido maliciosamente y sin fundamento, de una manera temeraria, el incidente sobre secuestro. En este particular cabe reformar la providencia recurrida, porque hubo exceso en la estimación de la prueba de una de las partes en perjuicio evidente para la otra, que también aportó elementos probatorios suficientes para explicar su procedimiento. En virtud de lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma el auto apelado que lleva fecha 10 de octubre del año en curso, proferido por el señor Juez Segundo del Circuito en lo Civil, con la reforma de que no hay lugar a condenar en costas, en la primera instancia. Sin costas".

8º Los señores Eduardo y Alberto Restrepo E. afirman que al embargrase el almacén de su propiedad y al inventariarse los bienes que en él se encontraban, se les causó graves e irreparables perjuicios, ya en las ventas, que por el cierre se perjudicaron, ya y sobre todo, en el crédito, que han visto considerablemente mermada (hecho décimo de su demanda), y agregan también textualmente: "Estos inconvenientes que se nos han causado en todo orden, no tenemos por qué sufrirlos sin culpa de nuestra parte, y claro está, no habiendo causa sin efecto, habrá alguna persona responsable de ellos, persona que necesariamente debe satisfacernos, ya que a nadie se puede dañar injustamente" (hecho undécimo). En consecuencia, en el mes de febrero de 1933, demandaron por la vía ordinaria a la señorita María de Jesús Jaramillo para que se declare judicialmente:

"Que la señorita María de Jesús Jaramillo V. está obligada a pagarnos la suma de seis mil pesos oro ($ 6.000), lo que se determine por peritos, valor de los perjuicios causados con el embargo de la cacharrería de nuestra propiedad. Que la misma señorita está obligada a pagarnos los gastos de este juicio, si se empeña en la litis".

9º Correspondió desatarla en primera instancia al mismo juez, que además de haber practicado el embargo preventivo y el secuestro decidió de la articulación de desembargo, coincidencia que la Corte estima importante dada la naturaleza de la acción incoada en el presente juicio, quien absolvió a la señorita Jaramillo, sin costas, de los cargos de resarcimiento de daños formulados por los Restrepos aquí. Y en cuanto a la manera como había estimado la temeridad de la insistencia en el embargo y secuestro, que lo llevó entonces a condenar a la ejecutante en costas, aunque no a la multa, según se anotó, dice que rectifica y que "reconoce ampliamente la buena fe con que obró el apoderado de la opositora".

Y agrega: "Pero ello se debe a que el Juzgado, después de un nuevo estudio de la cuestión, llegó a convencerse ahora de que no hubo malicia ni hubo temeridad en aquel secuestro (así lo reconoció el suscrito Juez en el auto de 17 de octubre de 1932) y, por lo mismo, la absolución de la demandada es un verdadero imperativo legal. Queda así rectificada la sanción impuesta a la señorita Jaramillo en aquella oportunidad, y se hace constar que esta rectificación la hace gustosamente el Juez y reconoce su error, ya que el entendimiento humano no es infalible".

10º Sentencia de segunda instancia.—Es de fecha 25 de abril de 1934. El Tribunal acoge la tesis del Juez de que la acción aquí ejercitada requiere, para su prosperidad, la demostración de la mala fe de quien ejercitó la acción accesoria del secuestro y del embargo, o al menos su intención dolosa e injustificable con relación al verdadero propietario de los bienes embargados. Dice que quien ejercita un derecho y obra de buena fe, merece protección y no viola derecho ajeno; que hubo motivos suficientes para explicar el proceder del doctor Restrepo Moreno como apoderado de la señorita Jaramillo y que "ha quedado flotando la duda de si real y positivamente la venta que el señor Restrepo L. les hizo a sus hijos Eduardo y Alberto fue real y no con miras indebidas" (folio 38, C. pal.)

Considera que la acción ejercitada por éstos se sale de las normas escritas del derecho colombiano y que invade el campo científico de la teoría moderna conocida con el nombre de abuso del derecho. Hace referencias a la manera como la plantea M. Josserand, para concluir que es "la intención de causar daño, la malicia en el obrar, la mala fe al ejercitar un derecho, lo que debe aparecer evidentemente demostrado para que una pretensión como la de los demandantes pueda prosperar". Pero encuentra que, al contrario, lo que resalta es la buena fe con que obró el doctor Restrepo Moreno en lo relacionado con el secuestro y la legitimidad de la medida que acordó tomar en defensa de los derechos de su poderdante.

Además advierte que ni con testigos ni con peritos se demostró la existencia de perjuicios, necesarios para la viabilidad de la acción, y al analizar la exposición pericial encuentra que uno de ellos ha podido incurrir en delitos y ordena que la autoridad correspondiente investigue la responsabilidad. Confirma pues el fallo de primera instancia, y condena en costas a los apelantes (folio 39 vto.)

Fundamentos del recurso de casación

En nombre de los demandantes Eduardo y Alberto Restrepo, su apoderado formula contra la precitada sentencia del Tribunal Superior de Medellín los cargos que en seguida se resumen y a la vez se ordenan:

1º Violación del artículo 2341 del Código Civil (no dice si directa o indirectamente):

En concepto del recurrente este precepto consagra una responsabilidad objetiva, de manera que para reparar el perjuicio no se debe tener en cuenta si hubo voluntad o malicia al causarse el daño, sino que sólo se requiere la comprobación de que el daño se causó. Y estima que el daño se causó con la temeridad inherente a la insistencia en el embargo y el secuestro del almacén de cacharros, y en no haberlo apreciado así el Tribunal, por una parte, y en no haber visto la merma del crédito de los Restrepos y el trastorno de los negocios, por otra parte, del sólo escándalo consiguiente al secuestro, encuentra el recurrente un error de hecho y uno de derecho, porque de no palpar el daño dejó de aplicar, para repararlo, el artículo 2341 ya citado.

2º Violación directa del artículo 2343 del C. C. en cuanto dice: "Es obligado a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos", que el Tribunal dejó de aplicar en contra de quien hizo el daño, que fue la señorita Jaramillo, al secuestrar bienes que no eran de su deudor sino de terceros, aunque no hubiera tenido mala intención ni malicia, ni hubiera incurrido en negligencia o imprudencia.

3º Violación del artículo 2356 del C. C., en cuanto establece que "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Al respecto el recurrente sostiene dos puntos de vista opuestos: 1º Dice que el incidente sobre secuestro lo sostuvo el apoderado de la señorita Jaramillo de una manera temeraria y sin fundamento alguno, porque en el momento de consumarlo tuvo ocasión de conocer todos los documentos que justificaban la propiedad de los bienes a favor de un tercero y no del deudor a quien perseguía la señorita Jaramillo; que "no hay lugar a duda que la malicia de parte del ejecutante aparece claramente por el solo hecho de haber insistido en el secuestro y en el embargo de bienes que pertenecían a un tercero y no al ejecutado", y más adelante dice que "la insistencia en el secuestro hace desaparecer la equivocación y convierte esa actitud en temeraria y maliciosa".

2º Al mismo tiempo sostiene en seguida el recurrente que en la responsabilidad civil incurre el embargante y secuestre que insiste en el secuestro y embargo cuando el verdadero dueño de los bienes es absuelto de la demanda correspondiente, según doctrina de la Corte Suprema de fecha 27 de septiembre de 1899, y por el solo hecho del vencimiento, es decir, por responsabilidad objetiva.

No obstante que por ambos conceptos considera el recurrente violado por el Tribunal el mencionado artículo 2356 del C. C., es decir, por no haberlo aplicado siendo el caso ya de responsabilidad inherente a la malicia o negligencia, ya al daño mismo causado sin la concurrencia de esas circunstancias, no obstante esa vacilación del criterio del recurrente, parece aclarado finalmente diciendo que la temeridad inherente a la insistencia en el secuestro da lugar al mero pago de las costas del juicio y a una multa, según el artículo 1021 del C. J., "en tanto que para condenar al que ha causado perjuicios, de acuerdo con el Código Civil, sólo se requiere que se haya causado el daño y esté comprobado. La multa debe aplicarse dentro del mismo juicio ejecutivo, agrega el recurrente, en tanto que los perjuicios deben serlo en juicio aparte, por lo cual no hay lugar a confundir un caso con el otro".

Estudio de los cargos

La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las trasgresiones del derecho entre los particulares (artículo 194 del mismo código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sanciona con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida.

El Código Judicial al no autorizar el embargo y secuestro de bienes sino en la cantidad suficiente para seguridad del pago (artículo 274, inciso 1º), al permitir la reducción del secuestro en el exceso que se compruebe (artículo 283) al exigir fianza previa al acto del embargo (artículo 274, inciso 3º), para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios, y no ya solamente de las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de diez a mil pesos (artículo 1021), en todos esos casos el código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque, no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor.

Notorio es el sistema de la ley colombiana de enjuiciamiento civil de imponer al vencido la obligación de resarcir las costas procesales al vencedor sólo en el caso de que aquél haya sido temerario o malicioso al sostener la acción, excepción, oposición, o incidente (artículo 575 del C. J.), salvo las excepciones legales. Notorio es que, desde el derecho romano, litigante temerario o malicioso, es el que, consciente de su injusticia, conocedor de su propia falta de razón, persigue o defiende en juicio un derecho (de temere: sciens se non habere jus). Y que las costas procesales, así responden al sistema del vencimiento objetivo que consagran los códigos de procedimiento francés e italiano, o al español y colombiano que sancionan la temeridad, tienden a que la defensa del derecho no mengüe su contenido, y son una parte, pero no todo el daño sufrido por éste, especialmente si ellas se limitan, como las limita el artículo 579, a las costas útiles y necesarias.

Las costas, pues, forman parte del daño, como la especie del género, y no siendo posible incluír como integrantes de la especie sino las que limitadamente autoriza el artículo 579 del C. J., el resto del daño, sufrido posiblemente a consecuencia de una acción judicial temeraria o maliciosamente ejercitada, es necesario demostrarlo como objetivamente cumplido, a causa y con motivo de aquella actuación, en acción ordi-

naria y distinta, con audiencia del litigante temerario o malicioso y ya dentro de las normas generales de responsabilidad que informan el artículo 2356 del C. C. En efecto: si por razón de la temeridad se imponen las costas, si obrar con temeridad o malicia implica culpa, si la culpa obliga al resarcimiento y si las costas procesales son apenas una parte del daño, hay que acudir a dichas normas generales para buscar la reparación del exceso de daño sufrido y no pagado con las costas.

La cuestión planteada en este pleito adquiere una modalidad más concreta y definida, en presencia de los artículos 274, 294 y 1021 del Código de Procedimiento Civil, al tenor de los cuales la temeridad del que pide un embargo y secuestro preventivo puede traerle consigo, en caso de vencimiento, no sólo la obligación de pagar las costas procesales, sino además la de indemnizar de los perjuicios que el embargo y secuestro puedan causar al demandado o a terceros, y en caso de insistencia en que esas medidas se mantengan, la temeridad trae consigo una multa de diez a mil pesos a cargo del ejecutante que insiste, y que se impone dentro del mismo juicio ejecutivo, al decidirse la articulación de desembargo a favor del legítimo tercer poseedor, como una sanción a la temeridad de la insistencia del ejecutante.

La sanción de la multa no existía bajo el sistema de la Ley 105 de 1890, y del artículo 374 del C. J. anterior, pero sí la de pago de perjuicios a cargo del ejecutante malicioso, deducida en acción separada y en desarrollo de la teoría general de resarcimiento de daños. Y de ahí que la Corte Suprema de Justicia, según la doctrina citada por el recurrente, decidiera en 1899 (G. J. Nº 721, año XIV), que es obligación del que haya obtenido el depósito de los bienes de otro, en los casos de los artículos 374 del C. J. y 19 y 20 de la Ley 105 de 1890, de indemnizarle al dueño de los bienes depositados los perjuicios que éste pruebe le causó el depósito, porque con el secuestro puede acusarse daño al propietario, privándolo por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos; pero la citada jurisprudencia subordina la obligación del resarcimiento de daños a la imprudencia del peticionario que no estuviera seguro del derecho que pretendía afirmar con aquellas medidas, de manera que la responsabilidad siempre era subjetiva, aunque el daño era preciso demostrarlo a la vez como objetivamente realizado. Hoy subsisten los mismos preceptos sustantivos del C. C. que entonces interpretó la Corte, pero han variado las circunstancias procedimentales en que tienen aplicación. (Nuevo Código Judicial-1931).

El fallo materia del recurso no se aparta de las normas establecidas por los artículos 274, 294, 575 y 1021 del C. J. vigente, y 2356 del C.C.).

Considera que el ejecutante, lejos de haber insistido en el embargo y secuestro del almacén con temeridad, tuvo motivos suficientes para estimar que pertenecía al deudor Restrepo L., y por tanto para perseguirlo ejecutivamente; que los graves indicios de la simulación de la venta hecha por el deudor a sus hijos subsistían, al revisarlos en este nuevo juicio, como suficientes para explicar la creencia del ejecutante de que pertenecían todavía al vendedor; en seguida considera el fallo que los hijos del deudor, que demandan el pago de los perjuicios del embargo y del secuestro, no los demostraron, no probaron el daño que dicen haber sufrido. No está demostrado, pues, ni la temeridad, que es elemento subjetivo (artículo 1021 del C. J.) ni el daño mismo, que es elemento objetivo (artículo 2356 del C. C.).

Sobre esas dos bases se apoya el fallo absolutorio: falta de comprobación del daño o perjuicios, y de imputabilidad de la responsabilidad. Es verdad que el Tribunal no cita siquiera el artículo 2356 del C. C. en que ha podido apoyarse, pero tampoco lo desconoce. El Tribunal encuentra que al demandado no le es imputable el daño, caso de que éste se hubiere comprobado objetivamente, porque el abogado doctor Restrepo Moreno, como mandatario de su clienta la señorita Jaramillo, obró dentro de derecho al insistir en el secuestro de los bienes, es decir, que no abusó de su derecho, que se mantuvo dentro del ejercicio regular de su acción de acreedor a que se refiere el aparte 1º de esta providencia. Pero el Tribunal, al no dilucidar la cuestión como una simple aplicación del artículo 2356 del C. C., como un simple problema de responsabilidad civil, lo hizo dentro de la teoría más general del abuso del derecho, que comprende aquella cuestión de la responsabilidad por daño, y como una faz de ella suele presentársele ordinariamente.

En efecto, de las dos concepciones fundamentales sobre el abuso del derecho: la que investiga en cada caso el fin con que el derecho ha sido otorgado y el designio con que se ha ejercido, para que el Juez controle los móviles de su ejercicio y pueda

decidir si el titular ha obrado de un modo conforme con la destinación económica y social de ese derecho; y la que presenta el ejercicio del derecho como un deber moral bastante a impedirlo cuando la intención de perjudicar a otro es lo que resulta para el titular del derecho, sin utilidad para éste, caso en el cual el Juez está investido de un cierto poder para descubrir aquella intención; el Tribunal optó por esta última concepción clásica de la teoría, analizó las circunstancias en que el doctor Restrepo Moreno insistió en el secuestro, revisó las pruebas de la articulación de desembargo, encontró que él procedió con motivos suficientes que excluyen toda temeridad de la medida judicial en que insistió y aun consignó el siguiente aparte de su sentencia:

"Quien ejercita un derecho y obra de buena fe, merece protección, y con ese proceder no viola derecho ajeno, tanto más, como en el caso de autos, cuando fue esa súbita transformación del estado jurídico del almacén, como se deduce de la prueba aportada, lo que motivó el resultado del desembargo, y esto con la duda que ha quedado flotando de si real y positivamente la venta que el señor Restrepo E. les hizo a sus hijos Eduardo y Alberto fue real y no con miras indebidas" (folio 38, C. ppal.).

Persiguiendo esa misma intención de perjudicar y la utilidad o inutilidad de las medidas judiciales que tomó el apoderado de la acreedora señorita Jaramillo, el Juez de primera instancia informa también el sentido absolutorio de su fallo ante todo en la noción de falta de temeridad en la insistencia del secuestro. Dice en efecto el citado Juez:

"Como se ve, el doctor Restrepo Moreno, al insistir en el secuestro y embargo de la cacharrería, no obró temerariamente. Es cierto que resultó vencido en el incidente, pero las conjeturas que sobre la simulación del contrato logró establecer, demuestran que no hubo, por su parte, malicia ninguna, ni existió intención positiva de inferir injuria a los derechos de los señores Eduardo y Alberto Restrepo" (folio 26 vto. C. ppal.).

Agréguese que, como ya lo anotó la Corte en el hecho 9º de los pertinentes para dictar esta sentencia, correspondió dictar el fallo de primera instancia al mismo Juez que practicó el secuestro preventivo y que decidió también de la articulación de desembargo, en la cual se estudia principalmente la temeridad para el efecto de imponer costas y multa (artículo 1021 C. J.) y que ese funcionario tuvo así ocasión de recapacitar a fondo sobre la temeridad de la insistencia, ocasión en que rectifica sus anteriores apreciaciones y concluye sentando en definitiva la tesis de la no temeridad, en párrafos transcritos atrás por la Corte.

Estas apreciaciones del Juéz las acoge expresamente el Tribunal en el fallo recurrido (folio 38), de manera que fundan la parte resolutiva, y si bien el Juez de primera instancia no menciona la teoría del abuso del derecho en que sí se apoya el Tribunal, es evidente que el pensamiento es el mismo en ambas providencias de indagar y perseguir a través de un auto la intención de perjudicar a otro para sancionar su ejercicio como abuso del derecho. Y como dentro de esa teoría palpita una faz de la responsabilidad civil, las consideraciones hechas por la Corte no responden a un medio nuevo en casación, como lo sostiene el opositor al recurso refiriéndose a la acusación del recurrente respecto del artículo 2356 del C. C.

El otro fundamento del sentido absolutorio del fallo acusado es la falta de comprobación del daño o perjuicios que dicen haber sufrido los señores Restrepo E., ya en las ventas, ya en el cierre del almacén mientras se verificó la diligencia de secuestro, ya, y especialmente, en el crédito comercial (hechos 10 y 11 de la demanda). El sentenciador es perentorio en su afirmación de la falta de prueba de esos daños, ora porque los testigos que hablan sobre perjuicios deponen sobre suposiciones y no sobre hechos, ora porque las que hacen los peritos también son apreciaciones personales sin respaldo en autos, y además porque encuentra reprobable y delictuosa la actuación de uno de los peritos.

Esta parte del fallo basta para sostenerlo y para estimar el recurso como ineficaz, pues conviene advertir que perduran en todo su valor afirmaciones tan concretas como la siguiente del Juez:

"Sea dicho de paso que el secuestro del almacén de los demandantes se llevó a cabo en una forma acorde con la mayor prudencia. No se suspendieron las ventas, pues el almacén no fue cerrado, y se pusieron todos los medios adecuados para impedir la difusión de la alarma que la diligencia pudiera causar". (Folio 27, C. ppal).

En resumen: El artículo 2341 del C. C. no era aplicable al caso del pleito y en no aplicarlo hizo bien el Tribunal, por no ser el hecho alegado como fuente de reparación de perjuicios, ni el delictuoso ni el culposo penal o civilmente que contempla ese precepto. El 2343 del mismo código, por refe-

rirse a los mismos casos de delito o culpa, tampoco pudo ser violado por falta de aplicación. La doctrina que entrañan estos preceptos no informa el derecho de la demanda, ni fue materia de debate en las instancias, y por tanto su alegación, aunque la Corte la contesta en el aparte anterior de esta providencia, es un medio nuevo ineficaz en casación. El artículo 2353 del C. C. sí era aplicable al caso del pleito, en que la temeridad de una actuación judicial se invocaba como la fuente de un daño imputable a malicia de otro para buscar su reparación. Y aunque el Tribunal no funda en ese precepto su fallo absolutorio, sí lo comprende dentro de la teoría que esboza de abuso del derecho, más comprensiva que la de mera responsabilidad civil, de manera que el estudio del cargo de violación de ese precepto, por falta de aplicación expresa, no constituye un medio nuevo eficaz en casación. Y no violó su contenido el sentenciador, porque no habiendo encontrado temeraria la actuación judicial, ni pudiendo serlo porque la no temeridad era cosa juzgada a su tiempo, faltaba la imputabilidad que exige ese artículo 2356; y porque dentro de la concepción que el Tribunal tiene de la teoría del abuso del derecho, halló que el demandado no tuvo la intención maliciosa de perjudicar a otro al usar de su derecho como litigante, sino que antes bien obró con motivos suficientes; sin el dolo y culpa lata que suponen los artículos del C. J. citados por la Corte en aparte anterior de este fallo. Y, finalmente, el fallo se sostiene por la falta de pruebas del daño, concepto no atacado en casación.

El sentido absolutorio del fallo no significa que la Corte rechace la teoría del abuso del derecho, ni que deje de ver en artículos como el 8º de la Ley 153 de 1887 y 2356 del C. C., suficiente base legal para la aplicación de tal teoría, que, por lo demás, desde el año de 1889 fue aplicada por ella (sentencia atrás citada).

Lo que ocurre es que los hechos invocados como base de la acción ejercitada en este juicio no constituyen abuso del derecho. Ni estudiando el asunto a la luz de la concepción clásica o intencional (presentada, en la doctrina, por Ripert, y en la legislación por el código alemán); ni estudiándolo a la luz de la concepción funcional (proclamada en la doctrina por Josserand y en la legislación por el código soviético), puede clasificarse este caso como abuso del derecho.

Por lo dicho, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia de fecha 25 de abril de 1934 proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—El Conjuez, Antonio José Montoya.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PRINCIPAL DE REIVINDICACION Y CONTRADEMANDA DE NULIDAD DE UN TITULO Y DE PARTICIPACION EN UN NEGOCIO.—NATURALEZA JURIDICA DE LA PRUEBA INDICIARIA

El cargo que hace el demandado, consistente en que su posesión es anterior a la de los actores no es conducente ni aceptable cuando aquél trae su posesión y la explica y legitima como una derivación del dominio que les reconoce a los actores. En esas condiciones no es aceptable que el demandado pretenda legitimar su posesión por la tradición que ellos le hicieron y que al mismo tiempo ataque el derecho de aquéllos. Es tesis aceptable la de que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis todos juntos suministran una suficiente convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho atacable en casación, porque los indicios deben ser avaluados en conjunto y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen. No incurrió en ese error el sentenciador. La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación. Como indicio o conjetura no puede tomarse el hecho mismo que se trata de demostrar, sino otro que, o lo indica, o suministra la conjetura.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

El señor Arturo González Ponce y la señora Carolina Uribe de González Ponce, casados entre sí, demandaron al doctor Francisco Forero Aguilera, todos vecinos de Bogotá y mayores de edad, ante el Juzgado 2º Civil de este Circuito, para que con audiencia del doctor Forero Aguilera se hicieran las siguientes declaraciones:

Que el lote Nº 548 de la manzana "U" de la urbanización denominada Barrio Ricaurte, es de propiedad de los demandantes González Ponce; que dicho lote, ocupado de hecho y sin título de ninguna naturaleza por el doctor Forero Aguilera, hace parte de la comunidad conocida antiguamente con el nombre de "El Ejido"; que se condene al doctor Forero Aguilera, ocupante del lote, a entregarle a los demandantes, y a pagarles los frutos producidos por el lote desde que lo goza materialmente, y a la cancelación de cualquier registro con que el doctor Forero Aguilera haya afectado el lote.

Dicen los demandantes González Ponce que ellos son dueños de la comunidad de "El Ejido", y por tanto del lote situado dentro de ella, materia de la acción, en virtud de títulos registrados, que son las escrituras números 569 de 21 de septiembre de 1910, 512 de 31 de julio de 1914, y 1965 de 9 de diciembre de 1927, todas otorgadas ante el notario 5º de Bogotá; que por ser ellos los únicos que tienen a su favor un justo título adquisitivo de dominio, sólo ellos pudieron disponer legalmente de zonas o parcelas en que se dividió la comunidad y consumar, como consumaron, su urbanización; pero que el doctor Forero Aguilera, sin título ni causa jurídica, aprovechando solamente la versación que tenía sobre la forma y procedimiento de urbanización del Barrio Ricaurte, se apoderó del lote distinguido con el número 548 de la manzana "U", de mil trescientas veinticuatro varas cuadradas de extensión; lo califican de ocupante de facto, que lo ha usufructuado, sin hacer a los demandantes partícipes de las utilidades derivadas de la ocupación y que no ha sido posible que se lo devuelva a los demandantes.

Fundan su acción en los artículos 946, 947, 950, 952, 961 y 964 del C. C.; 929 y siguientes del C. J. entonces vigente, y en los concordantes de la ley 105 de 1890.

Al contestar el libelo el doctor Forero Aguilera, manifiesta que se opone en absoluto a que se hagan las declaraciones que solicitan los señores González Ponce, a saber:

En cuanto a la primera, porque el lote no les pertenece por ser del pleno dominio y posesión del demandado, como que se lo dieron y entregaron hace años los señores González Ponce, que entonces eran dueños de él, en pago de parte de una partición del 20% que le correspondía al doctor Forero Aguilera sobre el producto de la urbanización una vez cubierto el Banco Hipotecario de Colombia de un crédito de 3,800$ y en virtud de un contrato celebrado por el doctor Fo-

rero Aguilera con los señores González Ponce; en cuanto a la segunda, tercera y cuarta, por no ser cierto que el doctor Forero Aguilera hubiera ocupado de hecho y sin ningún título el referido lote, por haberlo recibido material y formalmente de los señores González Ponce, admitiendo que el lote hace parte de la comunidad de "El Ejido" y consiguientemente de la urbanización; que la entrega formal que del lote le hicieron los demandantes, a cuenta de su participación en la urbanización de "El Ejido", le permitió ocuparlo con ánimo de señor y dueño, poseerlo desde entonces con justo título y buena fe, levantar a sus expensas y a ciencia y paciencia de los González Ponce una casita que actualmente existe allí, por lo cual su ocupación es legítima y tanto el lote como sus frutos le pertenecen moral y legalmente.

Como antecedentes del negocio en virtud del cual el doctor Forero Aguilera reclama una participación en el negocio de la urbanización, hace los que se resumen en la siguiente relación:

Que en el año de 1912 los señores Jorge y Arturo González Ponce, en su nombre y con autorización, según le manifestaron, de la señorita Luisa González B., lo comisionaron para arreglar con el Banco Hipotecario de Colombia la situación que a aquéllos se les presentaba con motivo del vencimiento del crédito hipotecario por 3,800$ sobre el terreno de "El Ejido", cuestión que no pudo arreglar con el Banco porque éste exigía no sólo la entrega del terreno, que era lo que los señores González Ponce autorizaban, sino también el pago de $ 4,000 en dinero.

Que esas circunstancias le sugirieron al doctor Forero Aguilera la idea y el plan de urbanización del terreno hipotecado, para irle pagando al Banco con el producto de la venta de los lotes y obtener así una espera del Banco; aceptado lo cual los señores González Ponce se obligaron solidariamente a darle una participación al doctor Forero Aguilera del 20% del saldo que restara después de cubrir al Banco su crédito; que fue así como obtuvo la autorización municipal, concretada en el Acuerdo número 46 de 1912, que gestionó obteniendo solicitudes en tal sentido de Marco Fidel Suárez, José Vicente Concha, González Valencia y otros; el levantamiento y aprobación del plano del terreno y la compra de una zona para continuar la calle 10, diligencias en que los González Ponce obraron de acuerdo con el demandado y dirigidos por él.

Que atendidos los primeros compromisos con el Banco y consumada la urbanización, los González Ponce le señalaron al doctor Forero Aguilera varios lotes del barrio para dárselos en pago de su participación y recibió de ellos, por medio de su empleado Eduardo Ferreira, el lote número 548 de la manzana "U", en el cual construyó después la casita que allí existe, y en diferentes partidas y fechas recibió de ellos más o menos $ 600, para cubrirle los desembolsos que había hecho para el levantamiento del plano y los primeros gastos de la urbanización.

Dice que con motivo del matrimonio de don Arturo González Ponce con la señorita Carolina Uribe Mayne, se otorgaron la serie de escrituras simuladas de que ya se habló, y don Arturo aseguró sus derechos en el barrio y se puso en insolvencia de pagarle esa participación.

Que para liquidarle la participación del 20% al doctor Forero Aguilera, don Vicente Huertas practicó una liquidación del saldo de las ventas, que se halla en poder de los señores González Ponce.

Que posteriormente solicitó de éstos la entrega legal del lote 548 y ellos le manifestaron que junto con otros lotes estaba hipotecado y le pidieron una espera mientras cancelaban la hipoteca. Que don Jorge González Ponce, antes de partir para el exterior, le manifestó que dejaba poder a su hermano Arturo para que le arreglara la cuenta, pero que como éste esquivaba el arreglo, el Dr. Forero Aguilera le escribió a don Jorge, quien desde Nueva York le respondió que respecto al asunto de su parte de lotes en el barrio lo había tratado ya con don Arturo, que se lo arreglaría, y no se lo arregló con el pretexto de estar hipotecados.

Finalmente, relata el demandado doctor Forero Aguilera, que teniendo en proyecto la venta del lote 548, fue a la oficina de don Arturo en compañía del doctor Farfán José Domingo, a requerirlo, y que en presencia del doctor Farfán confesó don Arturo ser cierto que él y su hermano don Jorge se habían comprometido a pagarle la referida participación del 20%, y que además, no tenía inconveniente en hacerle la escritura del lote cuando don Jorge lo autorizara por carta, pues aun cuando don Arturo le había comprado los derechos en el barrio a don Jorge, le debía todavía dinero. Y que al salir los doctores Forero Aguilera y Farfán de la oficina, entró don Joaquín González, cuñado de don Arturo, quien oyó parte de la conversación.

Con estos antecedente se opone el doctor Forero Aguilera a que se hagan judicialmente las declaraciones solicitadas en el libelo por don Arturo González Ponce y su señora esposa, y en derecho invoca los arts.

1494, 1495, 1502 y otros varios del C. C. (folio 36 vto., cuaderno N° 1).

Por su parte, el doctor Forero Aguilera contrademandó a aquéllos para que se declaren nulos por simulación de causa, por no haber mediado precio real y efectivo y haber tenido por objeto defraudarlo a él y a terceros en sus intereses, los contratos de compraventa que rezan las escrituras números 612 de 30 de octubre de 1909, 589 de 21 de septiembre de 1910, 512 de 31 de julio de 1914, contratos que tuvieron por objeto hacer pasar los derechos de Arturo González Ponce, por interpuestas personas, a las que seis días después iba a ser y fue su esposa, doña Carolina Uribe de González Ponce, los bienes que don Arturo había adquirido de José Antonio Rivas Niño, y no haber tenido otro objeto que evadirse don Arturo de satisfacer las obligaciones a su cargo;

2ª Para que se condene mancomunada y solidariamente a los demandados a rendirle cuentas de las ventas de lotes de la urbanización de "El Ejido", así como de los lotes que hubieran cedido gratuitamente y de los que resten por vender;

3ª A pagarle y a entregarle, mediante escrituras de dación en pago, la participación a que tiene derecho en lotes del barrio, hasta concurrencia de la quinta parte del saldo que resulte después de cubierto el Banco Hipotecario de Colombia del crédito que grava el terreno, y cotizándolos según el precio que tenía la vara de tierra en esa época, siendo uno de esos lotes el 548 que los señores González Ponce le entregaron por medio de su empleado Eduardo Ferreira, del cual está en posesión el contrademandante doctor Forero Aguilera; y en defecto de la entrega, que se les obligue a pagarle en dinero el saldo de su participación, previa deducción de lo que ha recibido a buena cuenta, pero siempre otorgándole la escritura del lote 548;

4ª Que se les condene al pago de los frutos de los lotes de terreno que les correspondan por cuenta de la participación; y

5ª Al pago de perjuicios por la demora en la entrega de los lotes escriturados.

Funda su derecho en los mismos artículos que citó para oponerse a la demanda principal y en otros numerosos que corren a folios 11 vto. y 12 del cuaderno número 1; y como hechos aduce o relata los mismos que ya se han resumido como fundamento de su oposición, y además, algunos antecedentes de las compraventas de derechos sobre el terreno de "El Ejido" entre miembros de la familia González Ponce, historia que hace para ligarla a la súplica de que se anulen por simulación y fraude en contra suya y de terceros.

Pide, además, en subsidio el doctor Forero Aguilera que se resuelva que los demandados González Ponce están en la obligación de rendirle cuentas de la venta de los lotes sobre que versó la urbanización, de los cedidos gratuitamente sin su consentimiento, y de los que queden por vender, y estimándolos por medio de peritos al precio del lote 548, sobre el cual alega derecho de retención, "siendo suficiente título de dominio, dice, la sentencia que así lo decretare, obligándolos a la vez a otorgarles la respectiva escritura"; para que se les condene a pagarle el 20% del tántas veces referido saldo del negocio de urbanización en que intervino, con las bases ya anotadas para una liquidación, y los intereses del saldo que les corresponda, y en su defecto los perjuicios por la demora.

Los esposos González Ponce contestan la contrademanda oponiéndose a estas solicitudes y protestando por la afirmación de que los contratos son simulados y por no deberle nada al contrademandante. Niegan rotundamente los hechos en que se apoya o la manera como los relata.

El Juez de la causa desata la controversia en primera instancia, declarando que el lote 548 es de propiedad de los demandantes González Ponce y que de él está en posesión el doctor Forero Aguilera. En consecuencia, condena a éste a entregárselo a los señores González Ponce, en el término de tres días, a pagarles los frutos naturales y civiles desde cuando lo ocupó, y no sólo los percibidos, sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, frutos que se estimarán al ejecutarse el fallo. Absuelve a los González Ponce de los cargos formulados en la demanda de reconvención y no condena en costas a ninguna de las partes.

Sentencia de segunda instancia

El 14 de febrero del presente año de 1936 sentencia el Tribunal Superior de Bogotá y estima, en síntesis:

En cuanto a la acción principal: Que con las escrituras registradas que los esposos González Ponce acompañaron a su demanda, se demuestra plenamente su dominio en la comunidad de "El Ejido"; que con la inspección ocular se vio que el lote 548 está ubicado dentro de la comunidad, y que sus terrenos fueron la materia de la urbanización; y que como el demandado doctor Forero Aguilera no opone a dichos títulos otros de mejor derecho, pero ni siquiera una po-

sesión anterior que le diera derecho a prescribir, y estando por lo demás demostrado su carácter jurídico de poseedor, prospera irremediablemente la acción reivindicatoria que se ejercita. En las anteriores consideraciones el Tribunal acoge el razonamiento del Juez, pero en cuanto a la calidad de poseedor de mala fe que el Juez le da al doctor Forero Aguilera, se aparta el Tribunal, y lo considera, en cambio, de buena fe, porque no encuentra prueba de que la retención del lote provenga de medios ilegítimos y que la Corte Suprema ha dicho que la falta de título de dominio jamás significa mala fe en el poseedor. En eso reforma la sentencia del inferior.

La acción ejercitada en reconvención la estudia el Tribunal petición por petición. La de nulidad de los tres contratos de compraventas de derechos en la comunidad entre la familia González Ponce, que el contrademandante pide por simulación de causa, la niega el Tribunal, como acción, porque siendo partes en ellos las señoritas Georgina y Luisa González, no han sido demandadas, y las acciones de nulidad de un contrato se debaten con quienes intervinieron como partes. Y como excepción, que restringe el alcance del fallo a las partes que intervinieron en el pleito, tampoco prospera por falta absoluta de prueba, pues la confesión que se buscó fue siempre negativa.

En cuanto a la acción de rendición de cuentas y a la de otorgamiento de las escrituras de lotes como dación en pago de la participación del doctor Forero Aguilera en las resultas de negocio de urbanización, el Tribunal se acoge también, para negarlas, a las razones del inferior, que transcribe entre comillas, y que en síntesis son: No está obligado a rendir cuentas sino el administrador de bienes ajenos, y no lo era Arturo González Ponce, que explotaba un negocio propio. El doctor Forero Aguilera alega su derecho al pago de honorarios en razón de negocios de diferente orden hechos por él en beneficio de los González Ponce, pero esta condición de presunto acreedor, no le confiere derecho de pedir cuentas sino de cobrar directamente el valor de su trabajo. De esto y por cuanto no es tampoco socio, considera el Tribunal improcedente la acción sobre rendición de cuentas, y la tercera de la contrademanda.

En cuanto a la solicitud para que se condene a los González Ponce al pago en efectivo de la cantidad a que asciende su participación en la venta de lotes, después de cubierto al Banco y con la obligación de otorgarle al doctor Forero Aguilera la escritura del lote 548, el sentenciador, después de analizar las declaraciones de los señores José Domingo Farfán, César Julio Rodríguez, Eduardo Ferreira, José Alejandro Navas, José Joaquín González y de referirse a las de Georgina de González, Luisa González B. y Roberto González Torres, a las posiciones absueltas por Arturo González Ponce y por su señora, a la carta de Jorge A. González Ponce, de fecha 12 de diciembre de 1927, a la declaración del mismo señor rendida ante el Cónsul de Colombia en Montreal, a un certificado del Registrador de Bogotá sobre ventas de lotes verificadas por los señores González Ponce a distintas personas, a uno del archivero municipal sobre la solicitud del contrademandante y de otras personas para que el Cabildo autorizara la urbanización del Barrio de Ricaurte, a uno del Gerente del Banco Hipotecario de Colombia sobre cancelación de la obligación hipotecaria verificada el 22 de marzo de 1928 por razón de la deuda de $3,800 sobre la comunidad de "El Ejido"; a otro del Tesorero Municipal de Bogotá sobre que es el doctor Forero Aguilera quien figura como dueño del lote 548, y no los González Ponce; concluye el Tribunal que la mencionada solicitud no prospera, porque las pruebas aludidas no alcanzan a demostrarla.

Pero aun suponiendo que efectivamente se hubiera probado la celebración del contrato de participación, "quedaría sin embargo por averiguar cuál fue el saldo de la venta de lotes, después de cancelar la hipoteca bancaria, comoquiera que de ese saldo, que se ignora, es de donde debe sacarse la participación del 20% correspondiente al doctor Forero, como valor de sus intervenciones en el negocio de la urbanización".

Por considerar no probada la obligación de los González Ponce de pagar un porcentaje sobre el negocio en cuestión a favor del doctor Forero Aguilera, niega también la petición que éste hace de frutos naturales y civiles de los lotes que le correspondan; y los perjuicios por la demora en la entrega de los mismos lotes.

En consecuencia, el Tribunal sentenciador confirma la sentencia del Juez, con la única modificación de considerar al demandado como poseedor de buena fe del lote 548, para el pago de los frutos naturales y civiles y para reconocerle derecho al abono de expensas y mejoras, de acuerdo con los artículos 964, 965 y 966 del C. C., Tampoco hubo condenación en costas en esta segunda instancia.

Contra esta sentencia ha recurrido en casación el doctor Forero Aguilera.

Motivos alegados en casación

Considera el recurrente demandado que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba resultante de las escrituras números 512 de 31 de julio de 1914 y 410 de 4 de marzo de 1929, en las cuales se apoya el Tribunal para concluír que el dominio de la comunidad de "El Ejido" radica en los actores, porque en la escritura 512 no se venden "los derechos proindivisos equivalentes a la mitad de la comunidad" como lo cree el Tribunal, sino la mitad de los derechos que tenía la vendedora en esa fecha en la comunidad de "El Ejido", y esa apreciación del Tribunal sobre la extensión de lo vendido por la escritura 512 es un error que conduce a hacer inexplicable el que el otro condueño de "El Ejido" hubiera comprado, mediante la escritura 1945 de 9 de diciembre de 1927, un derecho de las tres cuartas partes sobre los mismos terrenos, y entonces sobraría una parte excedente del total; esto en el supuesto de que el Tribunal hubiera citado la escritura pertinente, que era la número 1945, pero erróneamente citó la número 410, y consideró que ésta y la 512 probaban el dominio de los actores, cuando la 410 apenas contiene un poder para fines judiciales.

Como consecuencia de esos errores de apreciación, dice el recurrente que el Tribunal violó los artículos 946 y 950 del C. C., que confieren la acción reivindicatoria al dueño, siendo así que al tenor de las escrituras en que se apoya el Tribunal, los demandantes no han acreditado serlo; que no habiéndolo demostrado, ante su falta de dominio, surge la posición del poseedor que el demandado tiene y se le ha reconocido sobre el lote en reivindicación, y entonces lo ampara una presunción de dominio, consagrada por el art. 762 del C. C., quebrantada también por el Tribunal; y, finalmente, que el único título a favor del reivindicante es la escritura Nº 1945 de 9 de diciembre de 1927, que es posterior a la posesión que el demandado tiene del lote, por lo cual también se ha violado la presunción de dominio que lo ampara, de conformidad con el mismo art. 762, porque entre un poseedor y un titular del dominio, de fecha posterior a la posesión, debe ser amparado aquél.

La Corte considera: Es cierto que el Tribunal citó la escritura Nº 410, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 4 de marzo de 1929, contentiva de un poder que confiere Arturo González Ponce y su señora al doctor Belisario Nieto, en lugar de citar la escritura Nº 1945, otorgada en la misma Notaría el 9 de diciembre de 1927, que es la que expresa la venta que Jorge A. González Ponce le hace a Arturo González Ponce de la posesión y del derecho de dominio sobre las tres cuartas partes de la comunidad de "El Ejido" que el vendedor Jorge A. tenía sobre esos terrenos, escritura que el actor acompañó a la demanda que dio origen al presente litigio, junto con la número 512 de 31 de julio de 1914, por la cual la señorita Carolina Uribe Mayne adquirió otros derechos territoriales sobre la comunidad de "El Ejido", para fundar su derecho de propiedad y por tanto de reivindicantes.

Pero la referencia equivocada que el Tribunal hace a una escritura por citar la otra, no destruye el mérito de los títulos a los cuales quiso realmente referirse, y que el Tribunal estimó suficientes para demostrar el derecho de los actores. En efecto, la escritura 512 ya citada está complementada por la Nº 569 de 21 de septiembre de 1910, también otorgada en la Notaría 5ª y por la cual Georgina González Ponce le vendió los derechos en cuestión a Luisa González B., tradente de la señorita Uribe Mayne, título no objetado por el recurrente, y que explica el alcance de la venta de los derechos cuya extensión censura el recurrente.

La objeción del recurrente a la extensión de los derechos comprendidos en la escritura 512 no basta para desvirtuar la aceptación que de ellos hizo el Tribunal como suficientes para demostrar el dominio de los actores, porque los derechos proindivisos que Luisa González B. tenía en "El Ejido", y que le vendió a Carolina Uribe Mayne, bien pueden tener la extensión o comprensión suficiente para completar con las tres cuartas partes territoriales de Arturo González Ponce, la totalidad del dominio sobre "El Ejido", y si así no fuere, habría sido necesario que el recurrente, como demandado en el juicio, hubiera demostrado la insuficiencia que ahora alega en casación, y que no alegó en las instancias del juicio.

El cargo consistente en que la posesión que dice tener el demandado sobre el lote Nº 548, es anterior al título de dominio de los demandantes, no es conducente ni aceptable en este caso, ya que el demandado trae su posesión y la explica y legitima como una derivación del dominio que les reconoce a los actores sobre "El Ejido", quienes, según el mismo demandado, fueron sus tradentes. En esas condiciones, no es aceptable que el demandado pretenda legitimar su posesión por la tradición que le hicieron los González Ponce y al mismo tiempo ataque el derecho de éstos, único que dio lugar y origen a la posesión del lote.

No ha habido, pues, violación de ninguno de los tres artículos en que el recurrente apoya el cargo.

Cargos relacionados con la reconvención

Respecto de la súplica sobre rendición de cuentas de las ventas de lotes del barrio urbanizado, cuya obligación de rendirlas negó el Tribunal, dice el recurrente que habiendo quedado convenido con los urbanizadores en que éstos le darían una participación del 20% de las utilidades líquidas como pago de sus servicios, es incuestionable que tiene derecho a que aquéllos lo rindan cuentas del negocio, único medio de que dispone para hacer efectiva su participación, ya que, teniendo el derecho, tiene también el medio de ejercerlo, y porque desde el momento en que se pactó la participación, el negocio dejó de ser exclusivo de los urbanizadores para ser de ambos.

En cuanto al convenio mismo de participación, dice el recurrente que se deduce de una cadena de pruebas que, si aisladamente ninguna constituye plena prueba, en conjunto sí forman un haz que lleva al ánimo la convicción de haber existido aquel convenio. Enumera dichas pruebas, que deben ser juzgadas de conformidad, dice, con el art. 606 del código judicial abolido, según el cual "un testigo no puede formar por sí solo plena prueba, pero sí gran presunción cuando es hábil".

Considera que de dichas pruebas, las declaraciones de los doctores César Julio Rodríguez y José Domingo Farfán, confirmada esta última en parte por la de Joaquín González, constituyen graves presunciones e indicios de haber hecho Arturo González Ponce en presencia del doctor Forero Aguilera la confesión que narra el testigo doctor Farfán, confesión que, por haberla hecho en su presencia, puede llegar hasta asumir el carácter de plena prueba de la obligación, según el art. 552 del antiguo código judicial.

Dice el recurrente que a pesar de ser tan precisas y razonadas las declaraciones de los doctores Rodríguez y Farfán, y tan graves por lo mismo las presunciones o indicios que crean a su favor, bien puede admitirse que ellas no suministren por sí solas una plena prueba de aquel hecho, pero que hallándose corroboradas por las declaraciones de José Joaquín González, de Eduardo Ferreira, de Jorge A. González Ponce y de José Alejandro Navas, más la posesión del lote en que se halla el recurrente, todas ellas, sumadas a las de los doctores Rodríguez y Farfán, forman una cadena de indicios vehementes y diversos, enlazados entre sí y concurrentes a demostrar el hecho controvertido, que forman plena prueba, al tenor del art. 590 del anterior código judicial.

Reunidos, pues, varios testimonios concurrentes a demostrar un hecho, aunque no expresen unas mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar, habrá otras tantas presunciones de hombre o indicios graves, que según la calidad de los testigos y la naturaleza y precisión de sus afirmaciones, pueden producir una plena convicción. El art. 607 del código abolido y el 679 del actual (debió citarse el 597) no pueden entenderse, dice el recurrente, en el sentido de que para acreditar con testigos la ocurrencia de un hecho sea absolutamente indispensable que haya dos testigos que concuerden en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar; lo que la disposición reza es que cuando concuerden dos testimonios que reúnen los indicados requisitos, hay plena prueba; no que ése sea el único caso de prueba plena testimonial (v. folio 14, cdo. de la Corte). Concluye el recurrente su pensamiento expresando que el art. 597 debe entenderse en consonancia con el 696, ambos del código actual, que enseña que un testimonio forma presunción, y de no entenderlo así se quebrantaría, dice, tanto el art. 696 como los arts. 590 y 591 (parece referirse el recurrente a los del código judicial anterior).

Agrega que el Tribunal dejó de relacionar y de tomar en cuenta varias pruebas tendientes a acreditar el contrato de participación, a saber:

La confesión de Arturo González Ponce en el punto 7º de las posiciones (folio 29, c. Nº 4); la declaración de Jorge A. González Ponce, en cuanto éste reconoció la carta de 30 de noviembre de 1920 (folios 28 a 30, c. Nº 6); la de José Alejandro Navas (folio 2, c. Nº 8); y el indicio resultante de su posesión.

Acusa el fallo, pues, por error de hecho, debido a la falta de apreciación de esas pruebas, y error de derecho por no haberle dado a cada declaración el valor de gran presunción y a todas en conjunto el de plena prueba, con violación de los arts. 606, 590, 591 y 553 del C. J. antiguo. También considera infringido el art. 1603 del C. C., por cuanto el Tribunal le desconoció el único medio conducente a obtener el pago de una participación, como es la rendición de cuentas de un negocio en que la administración la tuvo el otro contratante, y de la naturaleza de ese negocio emana la de rendir cuentas.

En subsidio de las disposiciones citadas del C. J. abolido, señala como infringidas las de los arts. 696, 662 y 665 del C. J. vigente, además del 601, en cuanto señala al Juzgador como norma, la equidad en la estimación de las pruebas.

Otro cargo.—En cuanto a la petición subsidiaria, referente al pago en dinero efectivo del resto de su participación en el negocio, o sea la quinta parte después de cubierto el Banco, y de deducir lo que el doctor Forero Aguilera recibió a buena cuenta y siempre con el derecho de éste a que se le haga escritura de dación en pago del lote N° 548, dice el recurrente que como el Tribunal no hizo tales declaraciones por encontrar deficientes las pruebas sobre el contrato de participación, repite el cargo de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y da por reproducido el razonamiento anteriormente sintetizado.

Y como el Tribunal consideró, continúa el recurrente, que aun en el caso de estar probado el contrato de participación, quedaría por averiguar cuál fue el saldo de la venta de lotes después de cubrir la hipoteca bancaria, por ser de este saldo de donde debe sacarse el porcentaje, dice el recurrente que esa consideración es inconducente porque él no demandó el pago de un guarismo determinado sino de un saldo en abstracto, en subsidio del pago en lotes. Concluye imputando un error de hecho en la interpretación de la demanda, y de ahí violación directa de los arts. 1602 y 1603 del C. C.

Sobre la rendición de cuentas la Corte considera:

La negativa del Tribunal sobre esta solicitud no ha sido atacada en casación. El recurrente no ha señalado como infringido ningún precepto legal, ni por su doctrina ni por su número. Se limita a hacer algunas consideraciones, arriba resumidas, según las cuales no comparte los puntos de vista del Tribunal, pero sin que, como consecuencia de la opinión del recurrente, se muestre como violada ninguna disposición. Sin embargo, para la mejor inteligencia de los cargos posteriores sobre distintos aspectos del fallo acusado, la Corte se refiere a ellas.

El recurrente da como sentado que tiene derecho a una participación determinada del 20% sobre las utilidades líquidas del negocio de urbanización, para deducir, como consecuencia de que esa participación está demostrada, que quien tiene derecho a ella lo tiene también a que se le rindan cuentas del negocio en que participa. Como corroboración cita una doctrina de la Corte, de fecha 22 de octubre de 1925, y la contrapone a las apreciaciones del sentenciador, sin echar de ver que la obligación de rendir cuentas la reconoce allí la Corte como consecuencia de una estipulación contractual si demostrada de que uno de los interesados tenía participación en los productos de una empresa o concesión, lo que le daba al favorecido con la estipulación el derecho de exigir cuentas al concesionario, administrador o empresario correspondiente.

En el presente caso, lo discutido es precisamente si está o no comprobado tal negocio de participación, y por considerar que no lo está, el Tribunal ha negado la consecuente obligación de rendir cuentas. El Tribunal consideró que González Ponce no administraba negocios ajenos, ni en sociedad, y que en el negocio propio no aparece el derecho del recurrente a participación alguna.

En últimas, también lo estima así el recurrente, cuando los cargos que después hace de violación de ley sustantiva, se encaminan a demostrar que sí existen pruebas que acreditan el contrato de participación y que, por haberlas apreciado deficientemente el Tribunal, o por haber dejado de apreciar otras, o por no haberlas apreciado en conjunto, sacó la conclusión de que el referido contrato de participación no estaba demostrado.

Del estudio de las pruebas a que el recurrente se refiere y de otras más a que la Corte extiende el examen, se echa de ver que los contrademandados González Ponce no han negado haber tenido negocios con el recurrente Forero Aguilera de carácter remunerado, consistentes en servicios que éste les prestó acerca del Municipio con el fin de obtener la autorización para urbanizar el barrio y en el planeamiento mismo de la urbanización, y afirman además que esa remuneración le fue cubierta equitativamente. Lo que ellos niegan es precisamente el extremo que sostiene Forero Aguilera, o sea el de que esa remuneración consistió en una participación sobre utilidades y de que el porcentaje fuera el del 20% sobre las utilidades líquidas. Ellos niegan la participación y la cifra del porcentaje.

Así, en las posiciones que absolvió Arturo González Ponce (folio 20, c. N° 4), se le pregunta: "Quince. Cómo es cierto... que a buena cuenta de la participación del 20% de las utilidades que corresponden al peticionario en el negocio de urbanización de los terrenos de 'El Ejido', hoy Barrio obrero Antonio Ricaurte', solamente le han dado el lote N° 548 de la manzana 'U' y unas partidas de dinero que montan poco más o menos a $ 600, salvo error u omisión?"

Contestó González Ponce: "No es cierto. El dinero, como lo dije anteriormente, se le pagó por honorarios, no por participación." Al responder a la pregunta siguiente, dice el mismo absolvente: "No es cierto, porque ningún contrato de participación he tenido con el peticionario".

En posiciones que absolvió el mismo señor el 9 de agosto de 1929 (folios 31 y 32 del mismo cuaderno), a la pregunta 20 que dice: "Cómo es cierto, en fuerza del juramento que tiene prestado y en que ha puesto a Dios por testigo, que ni el absolvente ni su hermano Jorge González Ponce han cubierto hasta hoy al peticionario la totalidad de la participación que le corresponde en las utilidades que se obtuvieron en la urbanización de los terrenos de 'El Ejido', que hoy ocupa el Barrio Antonio Ricaurte?"

Contestó: "No es cierto que el peticionario tenga o haya tenido participación en la urbanización de los terrenos de 'El Ejido', y por esto mismo no ha habido causa para pagarle por participación, pues por honorarios así se le pagó".

A folio 29 del C. Nº 6 declara Jorge A. González Ponce lo siguiente: "17.—Como ya dije anteriormente, al doctor Forero se le dieron $ 1,200.00 por valor de sus honorarios, con lo cual se cubrió superabundantemente el valor de sus servicios como consultor, y por la redacción de uno o más memoriales; y que el doctor Forero no tiene participación o porcentaje alguno en el negocio, como tampoco yo he ordenado entregarle ni le he ofrecido darle el lote Nº 548 de la manzana 'U' de que habla". Esta declaración es de fecha 8 de septiembre de 1932.

Pertenece al mismo señor Jorge A. González Ponce, y está reconocida por él, la carta de 12 de diciembre de 1927, en que le dice al doctor Forero Aguilera: "Conforme se lo ofrecí a usted y a su señor hijo, me he estado ocupando del arreglo de las cuentas del Barrio Ricaurte, y he llegado a la conclusión de que las utilidades obtenidas últimamente en este negocio han sido casi nulas, pues las han absorbido en gran parte los intereses de la deuda al Banco Hipotecario, y luégo los gastos y contribuciones que hemos dado para conseguir en dicho barrio los servicios de agua, luz, alcantarillado, etc. Del examen de los libros y cuentas del negocio a que me vengo refiriendo, he obtenido el dato de que a usted le dimos desde el principio una suma que asciende a algo más de $ 1,200.00, y dadas las gestiones que usted tuvo a bien ayudarnos a hacer para iniciar este negocio, juzgo que esta cantidad cubre equitativamente los honorarios por sus oportunos servicios. Por otra parte, acabo de vender todos mis derechos y acciones en el referido barrio a mi hermano Arturo". (Folio 24, C. Nº 6).

Hasta aquí, las pruebas referidas no van más allá de la apreciación que hizo la Corte atrás: a cambio de ciertos servicios del doctor Forero Aguilera, que la contraparte reconoce, su remuneración en dinero la considera ésta pagada, pero de ellas no se deduce que esa remuneración fuera de un porcentaje sobre utilidades de un negocio, que es el extremo que alega el doctor Forero Aguilera.

Hay que aclarar otro punto: El contrademandante estima que sus servicios fueron prestado en ocasión precaria de intereses para los González Ponce, por razón y con motivo del cobro y vencimiento de una deuda hipotecaria con un Banco de la ciudad, con el cual intervino para obtener una espera, y además para planear el negocio de urbanización que solventara la situación de aquéllos y cubriera la deuda bancaria dejando utilidades en las cuales tendría el doctor Forero Aguilera una participación determinada. Los servicios mismos no han sido aceptados con tal extensión y alcance en el juicio por la parte contrademandada. En efecto:

En posiciones absueltas dice Arturo González Ponce: "... se vendieron los lotes al precio que entonces fijó el Concejo Municipal, y el producto de la venta de esos lotes se destinó al pago del crédito del Banco Hipotecario de Colombia, de acuerdo con arreglo que en el Banco había hecho el señor Jorge González Ponce, arreglo en que no intervino el doctor Forero Aguilera, o en que por lo menos no me consta que hubiera intervenido" (folio 31 vto., C. Nº 4). Son pertinentes también, respecto a su intervención en el Concejo, las respuestas 1ª y 2ª de las posiciones absueltas el 9 de diciembre de 1930 (folio 20 ib.).

A folio 28 del C. Nº 6, declara Jorge A. González Ponce: "3.—No es cierto. La prórroga para el pago y facilidades dadas por el Banco Hipotecario de Colombia, las obtuvimos directamente del general Juan Manuel Dávila, Presidente en ese entonces del Banco, mi excelente amigo el doctor Julián Restrepo Hernández, abogado de dicho Banco, y yo, después de varias conferencias con el general Dávila y a pesar de la oposición a hacer concesiones manifestada por el doctor José María Quijano Wallis, Gerente en ese entonces del Banco. 4.—Es cierto que el doctor Forero Aguilera redactó uno o varios memoriales elevados al Concejo Municipal para la urbanización de los terrenos de 'El

Ejido', y que nos ayudó a obtener firmas de personas influyentes para la realización del proyecto, aunque la coronación del éxito se debió en su mayor parte a la labor intensa, diaria y permanente que por varios años, tanto mi hermano Arturo como yo hicimos con el Concejo Municipal en general, y con cada Concejero en particular".

Más adelante dice este declarante que "la alusión que dichas cartas contienen acerca de arreglos que dicho peticionario podría hacer con mi apoderado, señor Arturo González Ponce, se refieren al arreglo de honorarios por servicios que como abogado consultor nos prestó el peticionario, y en mi carta de 12 de diciembre de 1927, citada, le digo muy claro: ... he obtenido el dato de que a usted le dimos desde el principio una suma que asciende a algo más de $ 1,200 y que dadas las gestiones que usted tuvo a bien ayudarnos a hacer para iniciar este negocio, juzgo que esta cantidad cubre equitativamente los honorarios por sus oportunos servicios".

Precisadas así las principales pruebas sobre los servicios y forma de pago en que convienen los contrademandados, y con la repetida advertencia de que según el contrademandante doctor Forero fueron más extensos y trascendentales su intervención y servicios, y de que su remuneración precisamente afirma haber sido, y así la cobra aquí, de una participación del 20% sobre las utilidades líquidas de la urbanización, resta por ver cuáles son las pruebas relativas a este último punto, o sea al porcentaje de participación, para poder estimar el alcance de los cargos que el recurrente hace al Tribunal sobre la manera como las apreció.

A este respecto la declaración del doctor José Domingo Farfán tiene por objeto acreditar la confesión de parte, pues fue invitado especialmente por el doctor Forero Aguilera a que la escuchara, como para preconstituír una prueba, dice el doctor Farfán (folio 25, C. Nº 4). En su declaración, reproduce y confirma la relación que hizo en carta de 29 de agosto de 1929 dirigida al doctor Forero Aguilera. Descartando lo relativo al otorgamiento de la escritura del lote 548, lo concerniente a remuneración de servicios por participación de utilidades es lo siguiente, según la carta y la declaración: "... y en mi presencia le dijo usted al señor Arturo González Ponce que iba con el fin de que le arreglaran y le pagaran los honorarios que le correspondían por el negocio aludido, y por su intervención en la urbanización de los referidos terrenos, y le preguntó si era cierto que por tal intervención y por los servicios que les había prestado, se habían comprometido solidariamente a darle el 20% del saldo que resultara de la venta de los lotes de la urbanización referida, una vez cubierto el crédito hipotecario que los señores González Ponce le debían al Banco Hipotecario de Colombia de esta ciudad; y que el señor Arturo González Ponce confesó ser verdad que tanto él como su hermano Jorge se habían obligado a pagarle dicha participación. Tengo casi seguridad absoluta de que esto aconteció, no en los primeros meses del presente año, sino en los últimos del pasado. Yo recuerdo haber apuntado la fecha, y aunque no encontré tal apunte por el momento, creo que buscándolo más detenidamente, dé con él". Más adelante dice el mismo deponente: "Es verdad que cuando ya nos retirábamos de la oficina de don Arturo llegó el señor González, cuñado de don Arturo, y este caballero oyó también parte de lo relatado en los puntos anteriores".

Este último declaró (folio 56 ib.): "Yo lo que oí y presencié al entrar a la oficina del señor Arturo González Ponce fue lo siguiente: le contestaba el señor Arturo González Ponce al doctor Forero Aguilera que le iba a escribir a su hermano Jorge al Canadá para que, como apoderado que es Arturo de su hermano, lo autorizaba para hacerle la escritura del lote de un lote (sic) de que estaban hablando y cargárselo a la cuenta de Jorge".

No ya sobre confesión posterior, sino sobre la primitiva celebración del convenio de prestación de servicios a cambio de remuneración con porcentaje, es la declaración del doctor César Julio Rodríguez, rendida en diciembre de 1930. En lo pertinente a remuneración dice el testigo: "Recuerdo que en los últimos meses del año de 1912, celebró el doctor Francisco Forero A. un contrato con los señores Jorge y Arturo González Ponce, por el cual estos señores se obligaron a pagarle una participación del 20% sobre el saldo que resultara después de cubierto el Banco Hipotecario de Colombia de un crédito, cuyo monto no determinó, que los señores González adeudaban al Banco, con la garantía hipotecaria de los terrenos de 'El Ejido', jurisdicción de Bogotá, terrenos que forman la mayor parte del barrio obrero Antonio Ricaurte. Me consta lo anterior por haber presenciado el negocio en la oficina del doctor Francisco Forero A., calle Florián, bajos de la casa del señor Nicolás Casas, oficina a donde iba yo con mucha frecuencia." Al tercero: "Me consta que los señores Jorge y Arturo González Ponce, a buena cuenta de su participación del 20% en el negocio de urbanización,

algún tiempo después de la fecha de la celebración del contrato a que me referí en el punto primero, dieron al doctor Forero Aguilera el lote Nº 548 de la manzana 'U' del plano del barrio obrero Antonio Ricaurte" (folio 26 vto., C. Nº 4).

Refiriéndose el recurrente a estas dos declaraciones, dice que la del doctor Rodríguez constituye una presunción o indicio grave de haberse celebrado el contrato de participación entre él y los González Ponce; que la del doctor Farfán constituye otro indicio grave de haber confesado Arturo González Ponce, en presencia del recurrente, el mismo negocio de participación, confesión que por haber sido hecha en presencia del acreedor, como lo confirma la declaración de José Joaquín González, puede llegar hasta asumir el carácter de plena prueba de la obligación. Pero que a pesar de ser tan precisas y razonadas las declaraciones de los doctores Rodríguez y Farfán, y tan graves por lo mismo las presunciones e indicios que crean a su favor, bien puede admitirse, continúa el recurrente, que ellas no suministren por sí solas una plena prueba de aquel hecho, pero que estando corroboradas por otros indicios, existe en autos una cadena de indicios tan vehementes y diversos, enlazados y concurrentes a demostrar el hecho controvertido, al tenor del art. 590 del antiguo código judicial. De este razonamiento concluye el recurrente que el Tribunal violó aquellos artículos, así del código abolido, como del actual, según los cuales, por una parte la declaración de un testigo forma gran presunción, y por otra que cuando son varios los indicios y reúnen ciertas condiciones, todos juntos constituyen plena prueba.

Para estudiar el cargo, la Corte transcribe textualmente el argumento del recurrente sobre violación del art. 696 del C. J. vigente, equivalente en el fondo al 606 del anterior, con los cuales deben relacionarse, dice, los arts. 697 del vigente y 607 del abolido, también equivalentes. Dice así el recurrente:

"La disposición del art. 607 del código abolido y la del 697 del actual, no pueden entenderse en el sentido de que para acreditar con testigos la ocurrencia de un hecho, sea absolutamente indispensable que haya dos testigos que concuerden en el hecho y en sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. Lo que la disposición reza es que, cuando concurren dos testimonios que reúnen los indicados requisitos, hay plena prueba: no que ése sea el único caso de plena prueba testimonial. Dicho texto debe entenderse en consonancia con el del art. 606 ibidem (696 del código vigente) que enseña que un testimonio forma una gran presunción cuando es hábil. De suerte que si se reúnen varios testimonios concurrentes a demostrar un hecho, aunque no expresen unas mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar (siempre por supuesto que no haya oposición entre ellos en estos puntos) habrá otras tantas presunciones de hombre o indicios graves, que según la calidad de los testigos, la naturaleza y precisión de sus afirmaciones, etc., pueden producir una plena convicción. De otra manera se quebrantarían tanto el texto últimamente mencionado, como los de los arts. 590 y 591 ibídem".

Considera la Corte que evidentemente, en los casos en que conforme a la ley es admisible la prueba testimonial, un hecho puede demostrarse por medio de la declaración de dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, y esa prueba, la más simple de todas, es un modo directo de llevar al juez la convicción legal sobre el hecho debatido en el juicio; y que a falta de esa demostración directa, el testimonio humano también sirve para probar indirectamente, y formar indicios y presunciones, caso en el cual el hecho indiciario es un modo de llegar al conocimiento del otro más remoto que se trate de probar, siempre que el hecho indiciario esté plenamente probado, pues si no lo está entonces la presunción legal o la presunción de hombre que el juez ha de deducir no tendría fundamento y la convicción que deduce adolecería de falta de realidad.

El Tribunal consideró en este caso concreto que la participación del 20% no estaba probada directamente con los testimonios de los doctores Farfán y Rodríguez, porque el del doctor Farfán tendía a acreditar una confesión extrajudicial, la cual quedaba así deficientemente probada, y el del doctor Rodríguez tendía a la demostración de la celebración misma del contrato, y siendo única, no era plena prueba; la una se refería a la confesión hecha en 1928 y la otra a la celebración del contrato en 1912. El Tribunal, pues, aplicando el art. 697, descartó la prueba directa, y su razonamiento es inobjetable a la luz de ese precepto.

Descartada la prueba directa, estudió también el Tribunal la indirecta, y dijo que cada una de dichas declaraciones, dada la honorabilidad de los deponentes doctores Farfán y Rodríguez y demás circunstancias que rodeaban su testimonio, formaban una presunción atendible, cada una sobre el respectivo hecho sobre que versan, y aún llegó el Tribunal a suponer que unidas estas

dos declaraciones y tomadas como presunciones atendibles, se llegara a la convicción de haberse celebrado el contrato de participación, para razonar sobre esa base —por vía de discusión—, y concluyó que aún razonando sobre tal hipótesis, otras circunstancias del juicio impedirían hacer la condenación solicitada en el libelo. El Tribunal sí buscó, pues, la solución del litigio por la vía de las presunciones como medio indirecto de convicción, dándole, aunque por vía de hipótesis, a cada declaración el valor de presunción que les asigna el art. 696 del C. J.

Avanza un poco más el recurrente al hacerle a la sentencia el cargo de que, aunque aquellas dos declaraciones —las de los doctores Rodríguez y Farfán— no suministren por sí solas una prueba del hecho, es el caso que ellas están corroboradas por las declaraciones de José Joaquín González, Ferreira, Navas y de Jorge A. González Ponce, más la confesión que el recurrente ve en las posiciones absueltas por Arturo González Ponce, y, agrega, el hecho de ocupar el lote 548, todo lo cual junto forma una cadena de indicios y plena prueba del contrato de participación, que no estudió el Tribunal como prueba de indicios o presunciones.

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

Pero no puede decirse que en el presente caso el sentenciador haya incurrido en ese error, porque él sí estudió presuntiva o indicialmente las pruebas a que se refiere el recurrente, aunque no con la extensión y alcance que éste les da.

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

Ahora bien, el sentenciador estimó que del acervo probatorio cuya enumeración va haciendo con un sintético análisis de cada prueba, solamente tienen algún valor para demostrar la participación del 20% alegada, las declaraciones de los doctores Farfán y Rodríguez y sobre ellas hace la apreciación que atrás se anotó, tanto como prueba directa insuficiente como por el aspecto indicial, y aunque sobre las restantes piezas no les dio expresamente un valor indicial, sí se lo dio negativo cuando estimó que de todas solamente las mencionadas dos declaraciones tenían algún valor y conducencia para la demostración del porcentaje como participación. La declaración sobre su ningún valor indicial está, pues, implícita al no haberlas considerado como base de lo que juzgó, y al no haberlas destacado al igual de otras a las que sí les vio conducencia y algún valor de prueba.

El recurrente dice que el Tribunal no vio el valor indicial de las pruebas que enumera, como por ejemplo, al hecho significativo de estar él en posesión del lote, a las referencias que las cartas de Jorge A. González Ponce hacen sobre la intervención del doctor Forero en el negocio, promesas de que su hermano le arreglaría lo relativo a su parte de lotes, etc.

Además de las observaciones ya hechas por la Corte de que al Tribunal no le pasó por alto apreciar esas pruebas como indicios, se repite, les negó efecto convincente a algunas de ellas en forma expresa y a las restantes implícitamente, cabe también observar:

a) Descartadas las declaraciones de Rodríguez y Farfán, las restantes, y el hecho de ocupar el lote el doctor Forero Aguilera, como indicios conducen a demostrar que sí hubo un negocio de prestación de servicios entre éste y los González Ponce, a cambio de los cuales servicios el doctor Forero recibiría una remuneración, que es precisamente aquello en que los González Ponce han convenido que es cierto, y cuyo valor estiman que fue equitativamente pagado con los $ 1,200 que dicen haberle cubierto. Pero en realidad, fuéra de las presunciones que dan las deposiciones de Rodríguez y Farfán, las demás no indican en manera alguna que el negocio fue a cambio de un porcentaje en las utilidades y menos de que fuera de un 20%. En este sentido se inspira el fallo, y no merece reparo;

b) Las referidas declaraciones de Farfán y Rodríguez no suministran sino un solo indicio, o, para usar la expresión del art. 696, constituyen una presunción atendible sobre la forma de pago con porcentaje pro-

porcionado en un 20% a las utilidades líquidas. Pero no siendo necesario, ni teniendo los caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar un convencimiento pleno que exige el art. 664, calidad que no le pudo dar el sententenciador, cabe observar aquí que versando una y otra declaración sobre el hecho mismo que se trata de demostrar, como es la celebración del contrato de participación, no pueden tomarse como indicios, porque un indicio dice relación a otro hecho distinto que es el que se trata de deducir mediante la plena demostración del primero; como indicio o conjetura no puede tomarse el hecho mismo que se trata de demostrar, sino otro que, o lo indica, o suministra la conjetura. Los hechos accesorios que suministran los indicios o conjeturas, dice el art. 656 del C. J., referentes al hecho investigado, deben probarse plenamente y nunca por medio de otros indicios. De manera que si tales declaraciones versaban no sobre un hecho distinto a aquel que se trata de demostrar, sino sobre el hecho mismo, no pueden ser indicios, ni tomarse como presunción o conjetura de que el hecho se realizó, pues es el hecho directo, y la prueba tendiente a ponerlo en evidencia es directa, es el hecho mismo, que debió probarse plenamente, por medio de dos declaraciones sobre él con los requisitos de fondo y de forma que exige la ley para el testimonio humano.

c) Que el doctor Forero Aguilera intervino en el negocio de urbanización, ya ante el Banco Hipotecario, ya ante el Concejo de Bogotá; que recibió de los González Ponce algunas sumas de dinero hasta $ 1,000 o $ 1,200; que llevó la palabra en la inauguración pública del barrio urbanizable; que los González Ponce conferenciaban frecuentemente con él; que aquellos mismos señores confiesan en carta y en posiciones ante el Juez la intervención del doctor Forero en el negocio y ofrecen arreglarle el valor de sus servicios o estima uno de ellos que ya está equitativamente pagado y, finalmente, que el doctor Forero recibió un lote de los de la urbanización, de manos de un empleado de los González Ponce, aunque sin autorización de éstos, son hechos, todos ellos, indicativos del contrato de prestación de servicios remunerados y ese papel han jugado, y ese efecto han producido en el litigio, pero no indican al mismo tiempo, como lo pretende el recurrente, que la remuneración fue un porcentaje determinado, ni siquiera de porcentaje indeterminado, sobre las utilidades del negocio.

d) Y como las varias acciones deducidas en el juicio por el doctor Forero Aguilera, en forma subsidiaria unas de otras, exigen la declaración de que los González Ponce están obligados a pagarle precisamente ese porcentaje sobre determinadas utilidades, el extremo de la acción no ha quedado demostrado, ni directamente, ni por medio de prueba indirecta. Es indudable que el contrademandante doctor Forero Aguilera ha demostrado haber adquirido derecho a una remuneración por sus servicios y que sobre el valor de ellos no hay acuerdo entre las partes ni ha sido pericialmente fijado; pero no fue ésta la acción ejercitada, y el Tribunal no pudo decretarla en forma distinta a la pedida por él.

De lo dicho anteriormente, con suficiente y quizá excesiva extensión, se advierte que el Tribunal no violó los arts. sobre pruebas testimonial y de indicios que el recurrente considera infringidos (arts. 695, 662 y 655 del C. J. vigente, equivalentes en el C. J. anterior).

El recurrente reproduce los mismos cargos de error de hecho y de error de derecho en la apreciación de las pruebas, como indicios y como testimoniales, para combatir la negativa del Tribunal a declarar que tiene derecho a participación, no ya en lotes, sino en dinero, siempre del 20% y sobre el saldo líquido, pero que también tiene derecho a que se le haga escritura del lote número 548 y que, naturalmente, se deduzca su valor del total de la participación. Las razones aducidas por la Corte al estudiar el cargo anterior son pertinentes para desestimar el presente, pues si la negativa del Tribunal es fundada para la participación en lotes, por no haber demostrado derecho a la participación determinada del 20% sobre las utilidades líquidas, no demostrado el contrato de participación mismo, tampoco se puede decretar éste en el lote y el resto en dinero.

No obstante que el Tribunal consideró deficientes las pruebas del contrato de participación de un 20% en las utilidades, agrega que, aun en el supuesto contrario, faltaría por averiguar cuál fue el saldo de las ventas, ya que es del saldo, deducido el valor de la hipoteca, de donde debe sacrase el porcentaje.

El recurrente ataca esta consideración hipotética diciendo que hubo error de hecho en la interpretación de la demanda, porque él demandó una condenación en abstracto a que se le pague en dinero, y no un guarismo determinado, y que así se violó el art. 1602 del C. C., según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes.

Considera la Corte que siendo hipotética la consideración del Tribunal, no estando probado el hecho anterior que el Tribunal supone que se hubiera demostrado, es inútil considerar la realización de la hipótesis. Sin embargo, la condenación que desea el recurrente que se haga en abstracto, no cabría sino sobre el 20% del saldo que se demuestre posteriormente, al ejecutarse el fallo, en donde se haría la liquidación, y esa condena abstracta tendría que partir de la previa demostración en el presente juicio de haber tenido un derecho a dicho 20%, que es lo que no tuvo prueba.

Finalmente, el recurrente señala como infringido el artículo 1603 del C. C., como consecuencia de los errores de hecho y de derecho que ya se han analizado en la estimación de las pruebas. El concepto en que lo estima violado es el de que el contrato obliga a las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación, como es la de rendir cuentas de un negocio en que el actor tiene parte. Pero, como ya se ha dicho tántas veces, en el juicio no se demostró que la remuneración fuera de un tanto por ciento en las utilidades, y sólo así podría decirse que admitido el contrato se niega la rendición de cuentas del mismo contrato.

Del éstudio precedente, la Corte Suprema concluye, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y así lo resuelve, que no es el caso de infirmar y no infirma la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, el 14 de febrero de 1936.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Miguel Moreno J. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA POR PERJUICIOS

Es necesario comprobar la existencia de una sociedad comercial, o con el certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, en los lugares donde la haya, en la forma indicada por la ley, o con copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el secretario del juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado. El no haber alegado en las instancias una excepción dilatoria es defecto que no puede alegarse en casación. La acción civil de reparación del daño patrimonial, material o moral, que una persona cause a otra por razón de un denuncio en que le sindica como responsable de un delito, cuando ésta es absuelta por el juez de lo criminal, u obtiene a su favor un sobreseimiento, no es la misma que puede deducirse por ella contra el acusador particular.

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

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

Hechos pertinentes en casación

Con motivo de las gestiones comerciales (cartas y circular); de la publicación de ésta por la prensa, y de otros actos análogos llevados a cabo por la firma de "Echeverri Hermanos & Cía." y por Manuel Gómez Echeverri, con el fin de evitar confusiones de terceros sobre la identidad e imputación de aquella firma, y, al decir de éstos, en guarda del buen nombre y crédito de ella, y también con motivo del denuncio por falsedad y tentativa de estafa en que Manuel Gómez Echeverri se constituyó acusador particular contra la firma similar de "Echeverri Hnos.", investigación que terminó con el sobreseimiento definitivo a favor de éstos, los señores "Echeverri Hnos.", representados por Guillermo Echeverri J. y éste, en su propio nombre, solicitaron judicialmente la indemnización de los daños y perjuicios que dicen haber sufrido a causa de aquellas actuaciones, imputadas a la referida firma comercial de "Echeverri Hermanos & Cía.", y además, personalmente, a Manuel Gómez Echeverri, demandados.

Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Bogotá absolvió a los demandados (confirmando la sentencia de primera instancia) y condenó a los actores en las costas del proceso, con fecha treinta de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934). Contra esta sentencia recurre en casación el demandante Guillermo Echeverri J.

Examen de los motivos del recurso

1º Personería de las partes.—Como el Tribunal halló no probada la existencia de las sociedades actora y demandada, objeta el recurrente:

Que el pleito no versa sobre la existencia de sociedades, caso en el cual conviene el recurrente en la necesidad de la escritura de constitución;

Pero que accediendo por vía de discusión al punto de vista del Tribunal, la defensa de la sociedad demandada había estado en proponer la excepción de ilegitimidad de la personería, que es el remedio que para tal caso ofrece el código judicial en sus artículos 328, 330 y 332, disposiciones que estima erróneamente interpretadas al tomarlas el Tribunal como determinantes de una excepción perentoria, declarada de oficio, y no alegada por el reo.

Que la existencia de la sociedad demandada estaba demostrada en el juicio con estos elementos de prueba: a) con el negativo de falta de alegación por el reo de la excepción dilatoria; b) con la escritura de liquidación Nº 1357 en que se hace referencia a la de constitución; c) con la misma referencia que consta en copias expedidas por el Juez primero Superior de Bogotá, según las cuales el demandado Manuel Gómez Echeverri, socio, puso un denuncio y se constituyó acusador particular de las dos personas que forman la sociedad demandante; d) con testigos que declaran haber tenido conocimiento de la existencia de ambas sociedades; y e) con copia del fallo del Tribunal Superior, en que se alude a la escritura de constitución de la demandante; todas esas pruebas, concluye, fueron erróneamente apreciadas, o, mejor, dejadas de apreciarse, con evidencia, y en consecuencia lo fueron los artículos referidos del C. J.

Dice el recurrente que iguales cargos pueden hacerse al fallo, sobre la manera como estima la existencia de la sociedad demandada, pero que en cuanto a ésta, además, no era al demandante al que incumbía presentar la prueba de su constitución, al tenor de los artículos 232, 205 y 207 del código de procedimiento civil.

Estudio del cargo.—La existencia de una sociedad comercial, como sujeto activo y pasivo de derechos y de obligaciones que se pretenden deducir en el juicio, es necesario demostrarla. Y en presencia de textos legales tan perentorios, como son los artículos 465, 469, 470 y 471 del código de comercio; 36 de la ley 40 de 1907 y 40 y 41 de la ley 28 de 1931, para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial y la personería de sus administradores ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas, se requiere, cuando menos, "bastará", dice la ley, un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, en los lugares donde la haya, en la forma indicada por los dos últimos artículos citados, o copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el secretario del Juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado (art. 36, ley 40 de 1907). No presumiéndose la personería jurídica, el Juez necesita conocer cómo surgió a la vida legal una compañía que ha de condenar o absolver, o a cuyo favor ha de decretar o negar un derecho. Y siendo solemne la manera como surge a la vida y ad solemnitatem la prueba de su existencia, según el art. 465 del código de comercio, aquellos requisitos no se reemplazan con simples referencias sobre la escritura de constitución, ni menos, como en el caso de este pleito, con el silencio sobre su registro, que traigan otros documentos allegados al juicio, ya sean otras escrituras o copias de juicios distintos y en ningún caso testimonios que aludan al funcionamiento de la compañía.

El Tribunal, que basa su fallo absolutorio en la falta de la comprobación de la existencia de la compañía comercial, así demandante como demandada, y de la representación de sus administradores, no puede haber violado esos preceptos del código de comercio y de las leyes 40 de 1907 y 28 de 1931, porque entonces, por sustracción de materia, no hay a quién condenar ni a quién favorecer con la declaración de las prestaciones deducidas en el juicio. Estas consideraciones adquieren mayor fuerza si se tiene en cuenta que, en el caso concreto de este juicio, la falta de prueba de la personería sustantiva de las dos sociedades y aún de la personería de sus administradores, fue anotada expresamente por el juez de primera instancia, tan enfáticamente que en ella basó el sentido absolutorio del fallo, y sin embargo la omisión no fue subsanada durante el plenario de la segunda instancia.

El cargo es, pues, infundado, y el recurso incompleto, porque el demandante en casa-

ción, ni siquiera alude a las disposiciones legales a que la Corte ha hecho referencia.

Ahora, si la violación directa, por una parte, y la indirecta proveniente de errónea apreciación de pruebas, por otra, se refiere tan sólo a los artículos 328, 330, 332, 205, 207 y 232 del código judicial, que son los que el recurrente estima infringidos, el cargo no alcanza a afectar la ley sustantiva, ni a entrañar, por consiguiente, motivo de casación. En efecto, los recursos de procedimiento a que deje de acudir una de las partes en la secuela del juicio, como una excepción dilatoria, por ejemplo, pueden constituir defectos de procedimiento, juzgables a su tiempo, pero no en casación, porque una cosa es el derecho real y sustantivo que las partes han de llevar demostrado al Juez de instancia, y para ello es el procedimiento, y otro el derecho formal creado por la sentencia, que es el que se le presenta a la Corte de casación.

2º **Perjuicios sufridos por el demandado.** Dice el recurrente que el sentenciador dejó de apreciar las pruebas que sobre la existencia de perjuicios adujo en el juicio e insiste en que son a cargo de una compañía comercial y a favor de otra, que ni iba a demandar a otra por puro capricho sino porque realmente existieron tales perjuicios. Pero como no señala las disposiciones sustantivas que por consecuencia de la mala apreciación de pruebas pudieron infringirse por el sentenciador, siendo al respecto tan deficiente esta parte del recurso como el anterior, y como por otra parte, aun en el supuesto de que el cargo estuviera bien formulado, la Corte advierte que si el fallo no entró a dilucidar lo relativo a si existen o no perjuicios comprobados, fue debido a que primero consideró, y con razón, según se ha visto, que no se demostró la existencia de las compañías actora y demandada. No es fundado este segundo cargo.

Ultimo cargo.—Agrega el recurrente que no sólo la acción de reparación de daño se ejercitó por una compañía contra otra, sino por él personalmente, Guillermo Echeverri J., contra Manuel Gómez Echeverri, a quienes ya no puede referirse el inconveniente de la falta de personería sustantiva de las personas ficticias. Y ya situado en este terreno, dice:

"En cuanto a las gestiones judiciales que dicho señor (Gómez Echeverri) hizo con la mira de perjudicar al suscrito, es imposible que puedan negarse en vista de pruebas tan concluyentes como el memorial de acusación articular que atrás dejo citado, el que lleva la firma del propio Gómez Echeverri y a figurado en un proceso de donde se ha tomado copia auténtica para traerla a estos autos.

"Decir que el auto de sobreseimiento nada prueba por no aparecer que él fuera consecuencia de un denuncio temerario de su autor, es negar una verdad que salta a la vista de quien tenga la más ligera noción sobre nuestras disposiciones procedimentales en materia de estimación de pruebas; es pasar por alto la clara disposición contenida en el art. 632 del C. J.".

Agrega también que él sufrió perjuicios desde el momento en que las gestiones y campañas de descrédito iniciadas por Echeverry Hermanos & Cía. y por Manuel Gómez Echeverry lo fueron no sólo contra la otra compañía por él representada, sino contra Benjamín y Guillermo Echeverri; que el Tribunal no le dio siquiera el valor de indicios a las publicaciones que contra su crédito y el de Benjamín Echeverri hizo Manuel Gómez Echeverry, de las cuales publicaciones hay copia de una, tomada del juicio criminal en que se amerita, allegada sin protesta de su autor.

Basado en estas reflexoines, el recurrente concluye que el Tribunal violó el título 34 del Libro IV del C. C. y los artículos 65 y 66 de la ley 31 de 1925.

Estudio del cargo.—El Tribunal se pronuncia especialmente sobre este aspecto de la cuestión; admite en principio la viabilidad de la acción, pero la niega por falta de prueba de los hechos, mediante concretas referencias a ellas en forma no debatida por el recurrente. En efecto, la única publicación por la prensa de que el plenario da cuenta, como inserto en las copias expedidas del juicio criminal por el Juez Primero Superior de Bogotá (folio 4 vto.), y del cual el recurrente se duele porque el Tribunal no le dio siquiera el valor de indicio, está firmada por Echeverry Hermanos y Cía. y por "M. González Echeverri", y por eso dice el Tribunal que no está autorizada por Gómez Echeverri y que ni aún en ese caso la tendría por auténtica; agrega el Tribunal que tampoco aparecen cartas ni circulares de dicho señor, y eso es cierto.

Tiene más trascendencia el otro cargo del recurrente en cuanto afirma, respecto de la temeridad del denuncio, que hacen plena prueba, al tenor del art. 632 del C. J., las copias de documentos expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios de los Juzgados, como son, por ejemplo, la copia del memorial en que Manuel Gómez Echeverry asume la calidad de acusador particular de Guillermo y Benjamín Echeverri por los delitos de falsedad y tentativa de estafa (folio 12 vto.), y del auto de sobreseimiento

definitivo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá el 23 de mayo de 1929 a favor de Benjamín y Guillermo Echeverri, por no estar comprobado el cuerpo del delito ni la responsabilidad de estos señores (folio 19 y siguiente del C. de pruebas).

Pero el art. 632 del C. J. no aparece infringido, porque el Tribunal no le niega el valor de plena prueba a esas copias. El Tribunal basa la absolución en cuanto a responsabilidad civil por falta de la copia del denuncio y de la legalización de la acusación particular, sin las cuales, dice, "no existe base de ninguna clase en el proceso para juzgar de la imputabilidad (subraya la Corte) de los hechos atribuídos al demandado", y "menos, agrega adelante, que tal denuncio fue malicioso y temerario" (subraya también la Corte).

Dadas estas consideraciones, la sentencia queda en pie. Y aunque el recurrente no dice en qué forma una sentencia así dictada ha podido violar los arts. del Título 34 del Libro IV del C. C., englobados genéricamente por él, ni los 65 y 66 de la ley 31 de 1925, quiere la Corte estudiar por este aspecto el recurso en el deseo de ser amplia con la intención de la demanda de casación.

La acción civil de reparación del daño patrimonial, material y moral, que una persona cause a otra por razón de un denuncio en que se le sindica como responsable de un delito, cuando ésta es absuelta por el Juez de lo criminal, u obtiene a su favor un sobreseimiento, no es la misma que puede deducirse por ella contra el acusador particular.

En el primer caso, el denunciante no está obligado sino a decir la verdad, y nada más que la verdad; y la absolución que recaiga sobre el sindicado puede producirse sin que el denunciante haya faltado a la verdad; de ahí que 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); y de ahí también que si al denunciante no se le puede condenar criminalmente por perjuro o por falso declarante por el sólo hecho de que la investigación a que dio lugar con su denuncio no produjo la condenación del sindicado, sino mediante el respectivo juicio criminal del cual se deduzca que incurrió en perjurio o en falsa declaración, tampoco es responsable civilmente de daños y perjuicios por haber sido absuelto aquel a quien denunció, porque la acción civil emana en ese caso, no del denuncio en sí mismo, que es un deber de ciudadano, según el art. 1614 del C. J., sino de haber delinquido como perjuro o como falso declarante al dar el denuncio. Por eso, y por cuanto los artículos 39 de la ley 169 de 1896 y 9º de la ley 92 de 1920, hacen depender el ejercicio de la acción civil de lo que previamente resulte de una sentencia ejecutoriada dictada en causa criminal, el denunciante está amparado por una presunción de veracidad, que no se destruye con la mera absolución del denunciado sino cuando a aquél se le condene criminalmente, conforme al art. 753 del código penal.

El concepto envuelto en el precedente aparte no se refiere al caso en que la acción civil de reparación del daño se haga depender de mera culpa o cuasidelito que pudo acompañar al denuncio.

Es distinto el caso del acusador particular: el simple denunciante, según el art. 1613, no se obliga a probar su relato, mientras que el acusador, según el 1597, se constituye parte y se compromete a probar la verdad de sus aserciones; y según el 1602, al proponerla por escrito, se obliga, bajo juramento, a continuar la acusación y a probar la verdad de su relato.

Esta obligación que la ley impone al acusador de continuar la acusación y de probar la verdad de sus aserciones, lo hace responsable del daño patrimonial que su acusación ocasione al sindicado, y de ahí que el art. 1600 del código de procedimiento criminal lo obligue a dar fianza, a satisfacción del Juez, para responder no sólo de las costas sino de los resultados pecuniarios del juicio, si el resultado de éste fuere adverso. La ley misma, pues, previene la culpa en que puede incurrir el acusador y la subordina al resultado adverso del juicio, en que el acusador es parte. Las costas y resultados pecuniarios del juicio, garantizados con la fianza del acusador, son, pues, los daños y perjuicios de que responde si el resultado del juicio fuere adverso, es decir, en caso de absolución del acusado. Pero el sistema legal colombiano ha querido expresamente que sea el mismo juez de lo criminal el que aprecie la prosperidad de la acción de reparación de daños inherente a la acusación cuando ésta sea falsa y temeraria. Y no lo será por el solo hecho de la absolución o del sobreseimiento, porque el artículo 1611 del código citado le da al juez de lo criminal normas para apreciar cuándo la acusación es falsa y temeraria para el efecto de condenar al acusador en las costas y en el pago de los resultados pecuniarios del juicio a favor del acusado.

En efecto, dice ese artículo, "el acusador no será condenado en gastos y costas sino cuando la acusación sea declarada falsa y temeraria; y lo será: 1º cuando el acusador

no pruebe de modo alguno la acusación; 2º cuando se le pruebe que sus testigos los adquirió por soborno o cohecho; y 3º cuando resulte que los documentos que presentó fueron falsificados por él, o que los exhibió con conocimiento de su falsedad".

Y ni aún será declarada falsa y temeraria la acusación cuando el acusador ha presentado dos o más testigos para probarla, aunque después hayan sido tachados por motivos distintos a soborno o cohecho, o que su dicho sea desvanecido por un número mayor de testigos o por documentos de mayor credibilidad (art. 1612 del C. J.).

Del contexto de estas disposiciones así analizadas, se desprende que la ley colombiana concede la acción de reparación patrimonial del daño causado por una investigación a que dé lugar o que se siga por virtud de acusación particular, en desarrollo de las normas generales dadas por los artículos 2341 y 2356 del C. C., cuando el resultado del juicio criminal en que interviene el acusador fuere adverso a éste y favorable al acusado, pero subordinándola a la condición de que la acusación resulte falsa y temeraria, a juicio del juez del crimen, quien recibe de la ley normas para pronunciarse civilmente y ordenar la reparación del daño, lo cual permite que la cuantía del daño pueda ser fijada en juicio distinto ante los jueces de lo civil en los casos en que el juez de lo criminal vea que es el caso de aplicar los artículos 480 y 553 del actual código de procedimiento judicial.

Si con independencia de los casos ya anotados el acusado que ha sido absuelto considera que el acusador particular lo ha calumniado, y de la calumnia hace derivar la acción civil de reparación de daños, es necesario que obtenga previamente que al acusador se le condene por calumnia para la viabilidad posterior de su acción civil. En ese caso sería consultable el art. 750 del código penal, en donde se contempla aun la simple ligereza de parte del acusador.

Por ninguno de estos aspectos, como ya se dijo, ha sido atacada la sentencia del Tribunal, pero ellos hacen ver la procedencia de la absolución de los cargos de la demanda, que es la conclusión del Tribunal, ya que para fallar en sentido contrario habría sido necesario el conocimiento de muchas piezas del proceso en que Manuel Gómez Echeverry fue acusador particular. El Tribunal dice con razón: "No existe base de ninguna clase en el proceso para juzgar de la imputabilidad de los hechos atribuídos al demandado... y menos, agrega adelante, que tal denuncio fue malicioso o temerario". Realmente, estas apreciaciones correspondían al Juez de lo criminal, y no hay constancia en las copias traídas al presente juicio, de como resolvió dicho funcionario la cuestión de daños según que estimara que la acusación fue falsa y temeraria. Ni siquiera se sabe si esa cuestión se ventiló. Mucho menos se puede juzgar de ella en el presente juicio.

Finalmente, los artículos 65 y 66 de la ley 31 de 1925, que definen la competencia desleal entre comerciantes como acto de mala fe que da acción a los perjudicados para pedir indemnización de perjuicios, fueron precisamente la materia de estudio del Juez de lo criminal y base de la acusación particular de Manuel Gómez Echeverry, y no del presente juicio. Por tanto, no han podido ser violados aquí.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia de fecha 30 de junio de 1934 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en este juicio.

Condénase al recurrente en las costas del recurso.

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

Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. El Conjuez, Ernesto Vasco Gutiérrez. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

DEMANDA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

El artículo 1757 del C. C. sienta la regla general y fija de a quién corresponde la carga de la prueba; y puede considerarse por dos aspectos: en lo que atañe al demandante, consagra esa disposición el antiguo principio romano, ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI; lo que quiere decir que es al demandante a quien corresponde dar la prueba en que se basan sus afirmaciones para que prospere la acción. En lo que atañe al demandado, el papel de éste no es meramente pasivo en un juicio, porque hay momentos en que éste, por una afirmación, se coloca en la misma situación que el actor, y esto se verifica cuando la afirmación entraña una defensa, o sea cuando presenta una excepción; entonces su papel de demandado se trueca para el efecto de la excepción, en el de actor. Así como el actor debe suministrar la prueba en que basa sus afirmaciones, también el demandado, cuando afirma, se convierte en demandante en la excepción que propone y entonces el principio general sobre pruebas rota directamente con el excepcionante.

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

Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón.

Sante Prosperino demandó por la vía ordinaria a la Societé Nationale des Chemins de Fer en Colombie, para que se condenara a esta sociedad a pagarle la suma de tres mil trescientos noventa y dos pesos ($ 3,392) y sus intereses legales desde la notificación de esta demanda hasta que se haga el pago.

El concepto en que demanda dicha suma proviene, según el actor, del valor de trabajos ejecutados en el kilómetro ciento veintidós (122) del Ferrocarril del Nordeste, desde el día diez de mayo de mil novecientos veintinueve hasta el catorce de mayo de mil novecientos treinta.

En sentencia de quince de junio de mil novecientos treinta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, falló el pleito condenando a la sociedad demandada a pagarle al demandante la suma de dos mil novecientos treinta y nueve pesos con doce centavos y declarando probada la excepción de pago por la suma de quinientos pesos, absolviendo a la sociedad demandada de los demás cargos de la demanda.

Ambas partes recurrieron de esa sentencia, recurso que tramitado debidamente, pasa a fallarse.

El demandante Prosperino fue contratista en el Ferrocarril del Nordeste en el kilómetro ciento veintidós; mensualmente se le pasarón las respectivas situaciones, las cuales acompañó con su demanda, situaciones que se refieren a los trabajos de movimiento de tierra en ese kilómetro y a razón del precio estipulado y fijado en tales situaciones.

De ellas aparece que el demandante Prosperino movió en ese lapso un total de cuarenta mil trescientos cuarenta y tres metros cúbicos de tierra, lo que representa al precio estipulado, una cantidad de veintidós mil ciento ochenta y tres pesos con sesenta y cinco centavos; de roca dura, doce mil ciento nueve metros cúbicos, que al precio estipulado asciende a doce mil ciento nueve pesos; seis mil setecientos treinta y cinco metros de derrumbe, que valen tres mil treinta pesos, y mil seiscientos sesenta de transportes extra, que ascienden a trescientos treinta y dos pesos.

Pero en la liquidación final solamente aparece un total de treinta y seis mil doscientos veinticuatro metros cúbicos de tierra y once mil seiscientos nueve metros cúbicos de roca dura, o sea una diferencia de cuatro mil ciento diez y nueve metros cúbicos de tierra y quinientos metros cúbicos de roca dura, que representan un valor de dos mil doscientos sesenta y cinco pesos cuarenta y cinco centavos y quinientos pesos, respectivamente. En lo relativo a derrumbes y transportes no existe diferencia alguna.

El actor afirma que recibió el valor de los metros cúbicos de tierra a que se refiere la liquidación final; pero sostiene que acreditó, con las respectivas situaciones mensuales, expedidas por la sociedad, que había ejecutado un trabajo mayor, así: en vez de 32,224 metros cúbicos de remoción de tierra, 40,343 metros cúbicos, y en lugar de 11.609 metros cúbicos de roca dura, 12,109 metros cúbicos.

El representante de la sociedad demandada acusa la sentencia mencionada por la primera causal contenida en el artículo 520

del C. J. y anota como violados los artículos 1757 del C. C. y 651 del C. J.

Sostiene el recurrente que la sentencia apreció mal las situaciones mensuales, atribuyéndoles el valor de definitivas, que la sentencia recurrida sostiene que al demandante le bastaba acreditar que conforme a las situaciones mensuales ejecutó un trabajo determinado para que éste le sea reconocido en la liquidación final y que si en ésta aparece una cantidad menor, esa diferencia proviene de un error en las situaciones mensuales, que debe ser demostrado por la sociedad demandada, lo cual, a juicio del recurrente demandado, constituye una inversión indebida de la carga de la prueba, porque es el señor Prosperino quien debía haber probado que hay error en la situación final, y finalmente que existe otro error en la sentencia y es en la estimación de la prueba consistente en las situaciones mensuales, por cuanto el Tribunal se atuvo a ellas para declarar a cargo de la sociedad una deuda que no existe, como si esas situaciones contuvieran una liquidación final, cosa que no es así, según afirma el recurrente.

El artículo 1757 del C. C. que el apoderado de la sociedad estima como violado por la sentencia del Tribunal, sienta la regla general y fija de a quién corresponde la carga de la prueba; y puede considerarse bajo dos aspectos: en lo que atañe al demandante, consagra esa disposición el antiguo principio romano, ONUS PROBANDI INCUMBET ACTORI; lo que quiere decir que es al demandante a quien corresponde dar la prueba en que se basan sus afirmaciones para que prospere la acción. En lo que atañe al demandado el papel de éste no es meramente pasivo en un juicio, porque hay momentos en que éste, por una afirmación, se coloca en la misma situación que el actor, y éste tiene lugar cuando la afirmación entraña una defensa, o sea cuando presenta una excepción; entonces su papel de demandado se trueca para el efecto de la excepción, en el de actor.

Así como el actor debe suministrar la prueba en que basa sus afirmaciones, también el demandado, cuando afirma, se convierte en demandante en la excepción que propone y entonces el principio general sobre pruebas reza directamente con el excepcionante.

En el caso que se estudia la sociedad demandada acepta las situaciones presentadas por el demandante Prosperino; acepta que éste ejecutó un trabajo en el kilómetro 122 y acepta los precios señalados en tales situaciones; pero afirma que en esas situaciones hubo un error y que tienen además el carácter de provisionales.

Estos dos extremos, error en las situaciones y carácter provisional de ellas, constituyen una defensa de la sociedad demandada, una excepción, que ha debido demostrar al tenor del principio que informa el artículo 1757 del C. C.

De esta base partió el Tribunal en la sentencia recurrida, por donde se ve que no pudo haber violación del citado artículo 1757.

Ahora bien: no hay error en la estimación de las pruebas presentadas por el actor, o sean las situaciones mencionadas, primero porque no aparece que ellas tuvieran el carácter de provisionales, y segundo, porque la sociedad no demostró que adolecieran de error. Existe una liquidación final, que la sociedad asevera que es la exacta y definitiva; pero no ha demostrado esta afirmación, por donde se deduce que no hubo mala apreciación de las pruebas por parte del Tribunal fallador.

Respecto del cargo de violación del artículo 651 del C. J., por cuanto estima el recurrente demandado que las dos relaciones de cuentas son contrarias entre sí y que han debido por tanto desestimarse por el sentenciador, la Corte considera que procediendo ambos documentos de la parte obligada ambos contienen una confesión a su cargo, sobre la cantidad y valor del trabajo ejecutado por el demandado, que hacen plena prueba por estar reconocidos, uno y otro, por aquella parte; y que refiriéndose la impugnación a sólo uno de ellos, por afirmar que adolece de error en cuanto a la cantidad de tierra removida, la prueba de ese error le correspondía a la misma parte demandada, que firmó la cuenta a su cargo, por envolver esa afirmación, la de haber incurrido en error, un descargo de su propia obligación, que no dio en el juicio. Era pues un verdadero excepcionante, y debió destruír la prueba de la confesión envuelta en el documento, la cual, una vez consumada, causa estado, que debió desvirtuar.

No son, pues, fundados los cargos que el apoderado de la sociedad demandada hace a la sentencia del Tribunal.

El demandante también recurrió en demanda, que carece no sólo de la técnica requerida, que no es en realidad una demanda de casación, sino que adolece de vicios substanciales como el de no citar la disposición violada por la sentencia.

El demandante afirma que hubo error de hecho en la sentencia, respecto del saldo de $ 673.67, procedente del trabajo realizado, y se expresa así al respecto: "La sentencia recurrida tiene de singular que no obstante que reconoce de un modo expreso y formal que lo alegado y probado por la parte demandante, respecto al saldo de $ 673.67, absuelve a la parte demandada de pagar dicha cantidad".

La Corte observa: la sociedad demandada propuso excepción de pago, que prosperó en parte, por lo siguiente: en la liquidación final quedó un saldo de $ 673.67 a favor de Prosperino; la sociedad comprobó que pagó por cuenta de éste $ 500, hecho que aceptó el actor, luego de ese saldo restó los quinientos pesos que había pagado por Prosperino. Se ve por esto que no existe el error apuntado por este recurrente y que de no haber procedido en esa forma el Tribunal, el demandante Prosperino habría obtenido un enriquecimiento sin justa causa.

El cargo que se acaba de estudiar es, pues, absolutamente infundado.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha quince de junio de mil novecientos treinta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la Gaceta y devuélvase 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.

LA REIVINDICACION Y LA PRUEBA DIABOLICA

El carácter de "dueño", exigido por el artículo 946 del código civil, y la noción de "propiedad", prescrita por el 959 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o ERGA OMNES; apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Cuando el reivindicador ha exhibido su título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, si la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la PROBATIO DIABOLICA, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares. La sentencia de absolución proferida en juicio reivindicatorio no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

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

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por libelo fechado en Cali el 10 de julio de 1929, Anacleto Rengifo demandó en juicio ordinario a Sergio Orejuela para que se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Pertenece a Anacleto Rengifo un lote de terreno situado en el distrito de Palmira, lote que hoy posee indebidamente Sergio Orejuela, con una extensión de treinta plazas, más o menos, y que se delimita así: "al oriente, el río Guachal, en parte, y en parte también, terreno de Sergio Orejuela comprado a Belarmina Rengifo; al occidente, con terreno del mismo Sergio Orejuela comprado a Anacleto Rengifo; al norte, en parte, con terreno del mismo Orejuela, comprado a Belarmina Rengifo, y en parte, con terreno de Ignacio Madriñán, cerca al medio en esta última parte, y al sur, con terreno de Anacleto Rengifo, cerca al medio".

Segunda.—Sergio Orejuela está obligado a restituir este lote de terreno, libre de todo gravamen, dentro de los seis días siguientes al en que se ejecutorie la sentencia que ponga fin al juicio.

Tercera.—Sergio Orejuela pagará a Anacleto Rengifo los frutos naturales y civiles del citado lote de terreno, no sólo los percibidos sino los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.

Cuarta.—Sergio Orejuela pagará las costas del juicio, si afrontare la litis.

Fueron estos los hechos fundamentales de la demanda:

1º—Por escritura Nº 703 de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Cali, Anacleto Rengifo compró un lote de terreno a Clemencia y Fidelia Cuero, Bárbara Sepúlveda de Cuero y María Santos Cuero, lote que consta "más o menos de 14 cuadras de largo; de ancho, por el lado norte, unas tres cuadras, y por el lado sur, doscientos metros, más o menos, y que se dijo claramente en la escritura de venta, limitaba al norte, con terreno de Belarmina Rengifo" (folio 5);

2º—En la mortuoria de Elena Reyes de Rengifo, esposa de Anacleto Rengifo, le fue adjudicado a éste el lote de que se habla en el hecho anterior, "lote del cual ha cogido indebidamente el señor Orejuela, el que en esta demanda se reclama";

3º—El terreno que le ha dejado Orejuela a Rengifo no toca en parte alguna con el terreno del mismo Orejuela comprado a Belarmina Rengifo, lo que en sentir del actor "establece la usurpación de Orejuela sobre el lote que se reclama";

4º—El lote reclamado estaba cubierto de bosques y de pastos, que ha utilizado Orejuela con grave perjuicio de Rengifo.

5º—Orejuela es hoy el poseedor del inmueble objeto de la reivindicación, y

6º—Rengifo no ha enajenado a nadie el inmueble especificado en el hecho primero, "de modo que es él quien actualmente lo posee."

El reo recibió los autos en traslado pero no dio contestación a la demanda.

El juez 1º del circuito de Cali, en sentencia de 21 de octubre de 1932, absolvió al demandado de los cargos que le fueron formulados en la demanda, porque no halló la prueba de que el demandante fuese dueño del bien que quería reivindicar.

El tribunal de Cali, en sentencia fechada el 31 de enero de 1935, confirmó la proferida por el juez de primera instancia.

Son estos los fundamentos de la sentencia dictada por el tribunal:

a)—No aparece que quienes vendieron el lote a Anacleto Rengifo, fueran en realidad sucesores de Waldo Cuero. En la serie de títulos referentes a ese inmueble, desde el expresado Waldo Cuero hasta Anacleto Rengifo y Elena Reyes de Rengifo, se interpone ese vacío, razón por la cual no está demostrado que los tradentes de Anacleto, fuente de adquisición de Elena Reyes de Rengifo, hubieran sido dueños de la cosa vendida.

b)—El registro de la sentencia aprobatoria de la partición de los terrenos de "Guabinas", ubicados en los distritos de Yumbo y de Palmira, aparece hecho únicamente en la oficina de registro de Cali, con lo cual fueron violados los artículos 2653 y 2654 del código civil.

c)—Tal registro fue hecho en el libro número 2º, cuando ha debido efectuarse en el libro número 1º, al tenor de lo prescrito por el artículo 2641 del código civil, armonizado con el 765 de la misma obra.

ch)—La acción reivindicatoria ha sido prematura porque no se ha determinado perfectamente el inmueble que se persigue. Una de las condiciones para el ejercicio de la acción reivindicatoria es la de que verse sobre cosa singular, " y en el presente caso ésta no aparece porque no se identificó debidamente el inmueble que a Anacleto Rengifo le fue adjudicado en la sucesión de su mujer Elena Reyes de Rengifo, y porque los límites del referido inmueble deben determinarse teniendo en cuenta las ventas hechas por Anacleto Rengifo. Para el tribunal debió primero deslindarse el lote de terreno que aún queda en poder del demandante y que hizo parte del adjudicado a Waldo Cuero. Se ha demandado, pues, antes de tiempo".

Contra el fallo en referencia interpuso el demandante recurso de casación, que fundó ante la corte en escrito fechado el 24 de agosto de 1935.

El demandante invocó la primera causal señalada por el artículo 520 del código judicial, y dijo que acusaba el fallo recurrido por violación de leyes sustantivas, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.

Formuló estos argumentos:

Primer motivo

Dice que incurrió el tribunal en error de derecho al no apreciar como títulos suficientes de dominio las escrituras números 703 de 11 de diciembre de 1907 y 190 de 4 de febrero de 1927, otorgadas en la notaría primera de Cali, por estas razones:

a)—Porque a quien alega el dominio como base de la reivindicación, le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros

que demuestran mejor derecho del poseedor.

b)—Porqué la presunción de dominio establecida por el artículo 762 del código civil, desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor.

c)—Porque la hijuela de adjudicación formada a favor de Anacleto Rengifo en el juicio de sucesión de Elena Reyes de Rengifo, tiene como antecedente la adquisición hecha por la sociedad conyugal Rengifo-Reyes.

Como consecuencia del error indicado en este primer motivo, dice la demanda que el tribunal violó, por no haberlas aplicado, siendo el caso de hacerlo, estas disposiciones del código civil: el artículo 762, en su inciso 2º, y los artículos 946, 950, 951, 952 y 964.

Segundo motivo

Dice que incidió el sentenciador en error de derecho al apreciar la escritura número 471 de 13 de octubre de 1898, otorgada en la notaría 2ª de Cali, para fundar su fallo absolutorio en la circunstancia de no aparecer reproducida en la copia llevada a los autos la nota de registro de la oficina de Palmira, lugar de la situación del inmueble, por varias razones, a saber:

a)—Porque ése no era el título adquisitivo del demandante, y el de éste, que es el que debe tenerse en cuenta, aparece debidamente registrado en la oficina de Palmira.

b)—Porque habiéndose remitido directamente de la notaría al tribunal la copia de la escritura Nº 471, mal podía aparecer reproducida la nota del registro efectuado en Palmira. No es, pues, esa omisión prueba de que se hubieran violado los artículos 2653 y 2654 del código civil, porque de ese hecho no puede deducirse que la partición de 1898 no se hubiese registrado en Palmira, acto que no era indispensable efectuar con vista del expediente original.

c)—Porque habiendo presentado el demandante dos títulos debidamente registrados, el tribunal no tenía para qué estudiar los anteriores, desde luego que el poseedor demandado no presentó ningún título para demostrar igual o mejor derecho, caso en el cual sí hubiera sido pertinente analizar el eslabonamiento de los títulos de una y otra parte, con el fin de saber a cuál de ellos debía darse la preferencia. Por esta misma razón el actor no estaba obligado a llevar al proceso la prueba del derecho de los vendedores de 1907, que inmediatamente antecedieron a la sociedad conyugal Rengifo-Reyes.

Como consecuencia del error demostrado en este segundo motivo, afirma la demanda que el tribunal violó, por no haberlos aplicado, los artículos del código civil a que se alude en el motivo anterior, y los artículos 2653 y 2654 de la misma obra, por indebida aplicación de ellos al caso del pleito.

Tercer motivo

Dice el demandante que los errores de derecho en que incurrió el tribunal en la apreciación de los títulos del actor, lo condujeron a incidir en el error de hecho de no apreciar la prueba de la inspección ocular y la pericial, que ni siquiera menciona, con las cuales quedó plenamente acreditado que el terreno objeto de la reivindicación está poseído por Sergio Orejuela, y que ese mismo terreno hace parte del adquirido por Anacleto Rengifo, al tenor de las escrituras números 703 y 190, ya mencionadas.

Como consecuencia de este error, afirma la demanda que el tribunal violó, por no haberlas aplicado, las disposiciones sustantivas citadas en el primer motivo y las contenidas en los artículos 722 y 730 del código judicial.

La corte considera:

I

Para acreditar la suficiencia de un título registrado, cuando habla la ley de los de esa índole, se presenta el documento mismo con la correspondiente nota de registro, y se acompaña una certificación del respectivo registrador de instrumentos públicos, que diga cómo la posesión inscrita no ha cesado ni por voluntad de las partes, ni por un nuevo registro; en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, ni por decreto judicial, y que exprese, además, cómo las inscripciones anteriores a la actual, comprendidas en un período de diez años, han sido canceladas por alguno de los tres modos dichos, hasta llegar al último registro. Si en tal período de diez años no ha habido inscripción alguna, se acredita que el registro cancelado por el actual es anterior a éste en diez años por lo menos, y si eso no se establece por no haber registro cancelado en un período de veinte años, basta que la fecha del título sea anterior en veinte o más años al momento en que se exhibe.

Esta norma de pruebas judiciales, que resulta de coordinar el artículo 789 del código

civil con el 635 del código de procedimientos, tiene su aplicación en diversos juicios, como en el divisorio si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene, aun extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embargan bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de fincas hipotecadas (arts. 1008 y 1189 del C. J.). En estos casos, y seguramente en algunos otros, será indispensable presentar la consabida prueba. No así cuando se ejercita la acción real de dominio.

El dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, tiene derecho a obtener que el poseedor sea condenado a restituírla. En esto consiste la reivindicación. Por medio de ella cobra con justicia (vindicatio) cualquier derecho real principal, excepto la herencia, para que el poseedor sea condenado a devolverlo.

El carácter de "dueño", exigido por el artículo 946 del código civil, y la noción de "propiedad", prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto.

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

Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del código civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950, pueden contemplarse varios casos.

Llámese Pedro al demandante y Juan al demandado.

Primer caso.—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro.

Segundo caso.—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan.

Tercer caso.—Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan cuya posesión principió en 1909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor.

En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos, cuya exposición no procede en este juicio.

Lo expuesto demuestra cuán injurídico es, en sentir de la corte, el primero de los fundamentos en que descansa la sentencia dictada por el tribunal.

No aparece que quienes vendieron el lote a Anacleto Rengifo fueran en realidad sucesores de Waldo Cuero, pero este vacío no tiene la importancia que le da el tribunal. El reivindicante ha presentado un título registrado. El reo no lo ha contradicho ni contrarrestado con otro título que acredite un derecho igual o superior al que alega el demandante. Tiene razón el recurrente cuando alega que en este punto violó el tribunal, por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo, estos preceptos del código civil: el artículo 762, en su inciso 2º, y los artículos 946 y 950.

II

No es el caso de estudiar si la sentencia aprobatoria de la partición de los terrenos de "Guabinas" fue registrada en las oficinas respectivas y en los correspondientes libros, porque habiendo presentado el demandante un título debidamente registrado, posterior a esa sentencia, el tribunal no tenía por qué exigirle otro título, puesto que el poseedor demandado no presentó ninguno en prueba de igual o mejor derecho. Cuando ambas partes exhiben títulos, a diferencia de lo que acontece cuando la lucha se traba entre el titular y el mero poseedor, sí es necesario parear a los causantes en busca del verdadero dueño. Entonces se averigua quién tiene el derecho mejor y más proba-

ble, y procede, como lo anota muy bien el recurrente, "analizar el eslabonamiento de los títulos de una y otra parte, con el fin de saber a cuál de ellos debía darse la preferencia". Pero en el presente juicio, por la razón expuesta, el actor no estaba obligado a llevar al proceso la prueba del derecho de las personas que en 1907 vendieron a la sociedad conyugal Rengifo-Reyes. En consecuencia, carecen de base jurídica las razones segunda y tercera en que el tribunal apoya su sentencia. Con acierto dice el recurrente que en esta materia el tribunal violó, por no haberlos aplicado, los artículos del código civil a que se alude en el capítulo anterior, y los artículos 2653 y 2654 de la misma obra, por indebida aplicación de ellos al caso del pleito.

Por los dos motivos ya estudiados, que tan estrechamente se relacionan, ha de casarse la sentencia recurrida. Antes de fallar en instancia se dictará un auto para mejor proveer.

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,

Falla:

Cásase la sentencia proferida en este juicio por el tribunal superior de Cali, con fecha treinta y uno (31) de enero de mil novecientos treinta y cinco (1935).

Antes de proferir sentencia de instancia, la corte dictará un auto para mejor proveer, con el objeto de que se pongan en claro ciertos puntos oscuros o dudosos.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y, una vez ejecutoriada esta sentencia, vuelva el expediente a la sala con el fin de dictar el auto para mejor proveer.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

EFECTOS DE LAS CONVENCIONES Y EFECTOS DE LAS OBLIGACIONES

Ejecución simultánea de las obligaciones surgidas de los contratos sinalagmáticos.—La causa.—La EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS.—Resolución de los contratos.—Requisitos necesarios para poder decretar perjuicios compensadores por incumplimiento de un contrato sinalagmático.

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

Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel.

I

Hechos.

1º El 11 de enero de 1928, por documento privado, Manuel Botero y Dáctiva Echeverri celebraron una promesa de contrato en los siguientes términos: "Declaramos nosotros, a saber: Manuel Botero por una parte y Dáctiva Echeverri, por la otra, ambos mayores de edad y de este vecindario, viuda la segunda, que en esta fecha hemos celebrado la promesa de contrato que se expresa en las cláusulas siguientes: a) El primero o sea Botero, se compromete a dar en venta real y enajenación perpetua a la segunda o sea Echeverri, una casa con su correspondiente solar y todas sus anexidades, situada en el barrio de Colón de esta ciudad en la carrera 3ª, entre calles 8ª y 9ª, con solar constante de diez varas de frente con cuarenta de centro, alinderado así....." b) El precio justo del inmueble alinderado y que se ha fijado de común acuerdo, es de $ 4,000 m. l., suma que la compradora pagará así: $ 1,000 en el día de hoy, en la forma siguiente: $ 300.00 en dinero y los otros setecientos pesos en una hipoteca que la compradora tiene en contra del vendedor, según escritura pública Nº 660, de 31 de mayo de 1927, pasada ante la Notaría 2ª de este Circuito, crédito que la Echeverri se compromete a cancelar en forma legal en la misma fecha en que

se otorgue la correspondiente escritura de venta de que trata esta promesa de contrato, o sea dentro de un mes a contar de esta fecha en adelante, término que se ha fijado para el otorgamiento de la escritura de venta y fecha en que dará el resto del dinero o sean los $ 3,000 restantes, pues la casa que Botero vende a la compradora tiene un gravamen hipotecario a favor del señor Rodolfo Forero, gravamen que será también cancelado en la fecha indicada, pues la compradora no está hoy en posibilidad de suministrar a Botero lo necesario para la cancelación. c) Para la perfecta y completa solemnidad del contrato o promesa de contrato de que aquí se trata no habrá más plazo para ambas partes contratantes que el de un mes antes dicho, contado de esta fecha en adelante, y caso de haberlo serán de parte del renuente los gastos del juicio a que haya lugar, con la correspondiente indemnización de perjuicios si hubiere lugar a ellos, pues es entendido que queda en todo caso expedita la acción o acciones civiles del caso y que debido al incumplimiento puedan resultar, como también el pago o cobro de los respectivos intereses. Para los efectos fiscales se estima este contrato en la suma de cuatro mil pesos, moneda legal, y para que conste se firma por ante testigos, en Manizales a once de enero de mil novecientos veintiocho. En este estado se hace constar expresamente: que los gastos que demande la escritura de compraventa serán de cuenta de ambas partes, por cuotas iguales, y los que demande la cancelación de la hipoteca, de cuenta de Botero.

2º Los señores Abelardo Jaramillo, Roberto Colorado, Valerio Grizales y Luis Garzón declararon durante el juicio que varios días antes de vencerse el plazo estipulado en el contrato fueron personalmente enviados por Botero (no se sabe si simultánea o sucesivamente) a decirle a la señora Echeverri que alistara el dinero, resto del valor de la casa y solar referidos, porque Botero lo necesitaba urgentemente con el fin de hacer varios pagos para los cuales contaba con tal dinero y que estaba listo a otorgar la respectiva escritura inmediatamente se verificara el pago del saldo, a lo cual contestó la señora que no le había resultado el dinero de la venta que había hecho de "La Samaritana" y que si era mucho el afán de Botero bien pudiera éste disponer de su casa.

3º No hay constancia alguna en el expediente de que el día del vencimiento de la promesa de compraventa Botero o la señora Echeverri hubieran hecho actos, diligencias o gestiones encaminadas al cumplimiento de aquélla ni hay prueba alguna que indique que alguno de ellos ese día hubiera estado listo a cumplir sus obligaciones sin lograr que el otro se allanara a ejecutar las suyas.

4º El 22 de octubre de 1929 el demandante señor Botero—después de varias otras gestiones infructuosas, de las cuales no se trajo copia al expediente, pero a las cuales alude frecuentemente la misma demanda—hizo requerir, por medio del Juez 1º del Circuito de Manizales, a la señora Dáctiva Echeverri para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por ella, al tenor de la promesa de contrato que se deja transcrita. A ese requerimiento contestó la señora Echeverri "que verbalmente le prorrogaron el contrato ante testigos para el cumplimiento de la promesa", no obstante lo cual, la propia señora Echeverri, en el alegato de segunda instancia, califica de tardío ese requerimiento y agrega que Botero ha debido allanarse a cumplir sus obligaciones desde el 11 de febrero de 1928.

5º Posteriormente, en el mismo año de 1929, Botero promovió el cuarto juicio contra Dáctiva Echeverri, y en providencia de fecha 25 de octubre de 1929 el Juez 1º del Circuito de Manizales libró el mandamiento de pago contra Dáctiva Echeverri que Botero pidió en ese cuarto juicio, pero el Tribunal, en providencia de 3 de abril de 1930, revocó el auto ejecutivo en cuestión.

6º Poco después el señor Botero inició el presente juicio para que, previos los trámites del procedimiento ordinario, se condenara a la señora Dáctiva Echeverri a pagar la cantidad de $ 6,500 como indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la promesa de contrato. Subsidiariamente pidió el actor que se declarara que la demandada está en la obligación de aceptar la escritura de la casa y solar a que se refiere la promesa de contrato de 11 de enero de 1928, y de pagar la cantidad de tres mil pesos oro, resto del valor estipulado en dicho documento de promesa de compraventa, así como de cancelar la hipoteca a que se refiere la escritura 660 de 31 de mayo de 1927, pasada ante la Notaría 2ª de Manizales. Agrega el actor que debe condenarse también a la señora Echeverri a pagar los perjuicios que se prueben durante el curso del juicio.

7º Tanto el Juez como el Tribunal absolvieron a la señora Echeverri de los cargos formulados por el demandante.

II

Recurso.

El actor interpuso recurso de casación y acusó la sentencia como violatoria de los artículos 89 de la Ley 153 de 1887, 1602, 1603, 1608, 1609 y 1610 del Código Civil. Formula también el recurrente contra el fallo los cargos de error evidente en la apreciación de las pruebas de Manuel Botero y de discordancia con las pretensiones deducidas por éste.

III

Examen de los cargos formulados.

Del principio fundamental sobre fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el artículo 1602 de nuestro Código Civil, se deriva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas jurídicas que son aplicables, unas, a todos los contratos, y otras, a los contratos sinalagmáticos únicamente.

Las reglas aplicables a todos los contratos son estas:

a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de la convención.

b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de ésta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio recíproco de las partes.

Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos—tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral—se explican por la noción de causa de las obligaciones y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de esos contratos sinalagmáticos. Son tres esas reglas:

a) Las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas simultáneamente, a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello. De tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro;

b) Si uno de los contratantes rehusa o descuida ejecutar su obligación, el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de ésta;

c) Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C. C., texto este que, por una imperfecta adaptación del principio *res perit domino*, contraría las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos.

La primera de las indicadas reglas tiene una aplicación fundamental en la llamada *exceptio non adimpleti contractus*, creada por los canonistas; consagrada, sin necesidad de texto expreso, por la doctrina francesa contemporánea; reconocida, de manera explícita, por el artículo 1609 de nuestro C. C.; y reglamentada muy técnicamente por los códigos más modernos, como el alemán (artículos 320 y 322) y el suizo de las obligaciones.

Mediante la *exceptio non adimpleti contractus* cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener por la convención que se ejecute 'dando y dando".

Pero como no sería una solución satisfactoria la de dejar indefinidamente en una situación de incertidumbre sobre las intenciones de la otra parte al contratante listo a ejecutar—que se vería expuesto así al peligro de que un día cualquiera se le exigiera sorpresivamente la ejecución prometida—había que reconocer en su favor el derecho de poder obtener la liquidación de esa situación en una forma que le devolviera su libertad.

Para atender a esa necesidad, a esa exigencia de la moral y de la justicia, el Derecho Canónico—sobre la base de la regla formulada por sus moralistas: *non servanti fidem, non est fides servanda*—creó la teoría de la resolución del contrato con características distintas a las del pacto comisorio romano, como que, según lo asienta Ripert, aquélla no es otra cosa que la consagración de una regla moral que atempera el rigor de los principios del Derecho Roma-

no y que no constituye una aplicación de la ley de las partes sino "un échec au contrat". Introducida más tarde al derecho civil la resolución—como una aplicación de la teoría de la causa, según Capitant, Planiol et Ripert y otros autores; o como una manifestación del principio de la equivalencia de las prestaciones, según Maury; o como una repercusión de los móviles determinantes de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Josserand—hoy se encuentra consagrada en todos los códigos, aunque en algunos, como el francés y el colombiano, en una forma que —en sentir de la mayor parte de los tratadistas contemporáneos (Ripert, Esmein, Capitant)—es muy poco técnica, porque se presenta allí como un pacto comisorio tácito cuando en realidad es una regla de equidad, que reposa sobre una idea moral, y que se impone a las partes sin que ellas puedan renunciar a su aplicación por anticipado".

Así—mediante las dos instituciones explicadas: **exceptio non adimpleti contractus** y acción resolutoria—se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de la buena fe, la noción de causa y la de **móviles determinantes** del acto jurídico.

De esa manera, cuando un contratante no ejecuta su obligación el otro no se encuentra ante el dilema de demandar la resolución o emplear las vías judiciales de ejecución forzada. Tiene un tercer camino: rehusar provisionalmente la ejecución hasta el día en que la otra parte ejecute su obligación, o, en otras palabras: no ejecutar sino "dando y dando". Asimismo, el contratante que se protege con la **exceptio non adimpleti contractus** no se coloca en el peligro de permanecer indefinidamente en una situación de incertidumbre. Para ponerle término a ésta, puede, cuando el co-contratante esté en mora, demandar la resolución, o sea la declaración judicial en virtud de la cual queda relevado de su compromiso por razón de la inejecución del compromiso del co-contratante.

Pero claro está que mientras la resolución no se pronuncie—ya porque no se intente la acción respectiva, ya porque no haya fundamento siquiera para alegarla—solamente la prescripción puede, en principio general, ponerle término al derecho de cada uno de los contratantes para exigir la ejecución de la obligación del otro.

Lo anterior es bastante para poner de manifiesto la sinrazón de la aplicación que el Tribunal hizo en este caso de los artículos 1602, 1609 y 1546 del Código Civil.

En efecto, dos fueron los fundamentos invocados por el Tribunal para llegar a la conclusión de que Botero no tenía derecho de demandar a Dáctiva Echeverri en la forma en que lo hizo, a saber: a) que en la promesa de compraventa las primeras obligaciones eran de Botero y que las obligaciones de la señora Echeverri quedaban en segundo orden, por lo cual aquél ha debido cumplir las suyas el día estipulado para tener derecho de exigir después el cumplimiento de las obligaciones de su co-contratante; b) que Botero ha debido cumplir sus obligaciones el 11 de febrero de 1928—ni antes ni después—y que, por consiguiente, debió demostrar, para que su demanda prosperara, que en ese día preciso se allanó a cumplirlas y que la señora Echeverri se mostró en esa propia fecha renuente a ejecutar las suyas.

Es obvio—por lo que atañe a la primera de las aludidas consideraciones—que el Tribunal desatendió el principio ya explicado sobre simultaneidad en la ejecución de las obligaciones recíprocas nacidas de los contratos sinalagmáticos, principio que se halla consagrado, según se explicó más arriba, en el artículo 1609 de nuestro Código Civil, que fue de esta suerte violado por el Tribunal.

En cuanto a la segunda de las consideraciones del Tribunal basta observar para poner de manifiesto la sinrazón de ese argumento—que él conduce inevitablemente a declarar completamente desligada de sus obligaciones contractuales a Dáctiva Echeverri, sin que haya precedido resolución del contrato y sin que conste siquiera en forma alguna que ella estuvo o ha estado en condiciones de poder demandar esa resolución, pues ni está probado, ni se ha alegado siquiera, que en alguna fecha cualquiera Dáctiva Echeverri se allanara a cumplir sus obligaciones sin lograr que Botero cumpliera las suyas, y no habiendo ocurrido eso no puede haber habido mora de Botero, ni, por lo tanto, derecho de la Echeverri a la resolución.

Para que hubiera mora de Boetro—y para que, por virtud de ella, hubiera podido Dáctiva Echeverri desligarse de sus obligaciones en virtud de la consiguiente resolución del contrato—no era bastante que

llegara la fecha del plazo de la promesa de compraventa, porque al tenor del artículo 1609 en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo, en la forma y tiempo debidos: Era menester que, habiendo estado lista la Echeverri a cumplir el contrato, no se hubiera allanado Botero a ejecutarlo, y lo que ocurrió fue lo contrario, pues como se desprende de todo lo relatado en el primer capítulo de la presente sentencia, las probanzas contenidas en el expediente conducen todas a poner de manifiesto que ha sido constante el empeño de Botero en que se cumpla el contrato y constante también la renuencia de Dáctiva Echeverri a cumplirlo.

Debe, pues, ser infirmada la sentencia del Tribunal, por violación de los artículos 1602, 1609 y 1546 del Código Civil.

Para dictar el fallo que debe reemplazarla se considera:

Cuando en un contrato sinalagmático uno de los contratantes está en mora de ejecutar su obligación, el otro puede escoger una de estas tres soluciones: a) Obtener judicialmente el cumplimiento del contrato, cuando esto es jurídicamente posible, para lo cual la ley, la doctrina y la jurisprudencia ofrecen diversos recursos técnicos, entre ellos el generalizado en Francia, sin necesidad de texto expreso, y conocido con el nombre de Teorie de astreintes; b) Demandar, cuando la obligación es de hacer, por indemnización de perjuicios compensatorios al deudor en mora, pero para esto se requiere, como es obvio, el doble requisito de que el demandante ejecute su propia prestación y renuncie a la ejecución directa del contrato por parte del co-contratante; c) Obtener la resolución del contrato, lo que excluye el pago de perjuicios compensatorios, puesto que el mismo demandante queda desligado de su obligación de ejecutar, pero no excluye el derecho de exigir la reparación del perjuicio que la resolución deja subsistir, a saber: el del interés negativo del demandante, como lo llaman los autores alemanes.

El demandante, en este juicio, formuló como petición principal, la de que se condenara a Dáctiva Echeverri a pagarle la cantidad de seis mil quinientos pesos, o la que por peritos se fijara como valor de los perjuicios que dicha señora le causó por el incumplimiento de la promesa de contrato, y como subsidiaria, la de que dicha señora está en la obligación de aceptar la escritura del inmueble a que se refiere la promesa y de pagar el resto del valor del precio estipulado, más los perjuicios moratorios.

Si bien es cierto que Botero mandó extender en la Notaría 2ª de Manizales la escritura de venta en favor de la Echeverri, no es menos cierto que dicha escritura no se llegó a firmar por el demandante y que en todo caso no ha habido trasmisión del dominio en favor de la demandada ni perfeccionamiento de un contrato de compraventa, y que, al formular su demanda sobre perjuicios, Botero no ha ofrecido su propia prestación para que ésta sea cambiada o canjeada por los perjuicios compensatorios respectivos.

Por lo tanto la primera petición de su demanda no puede ser interpretada como una verdadera acción de perjuicios compensatorios, que requeriría, según lo antes expuesto, que Botero hubiera ejecutado ya su prestación o hubiera ofrecido en la demanda ejecutarla, renunciando al propio tiempo a la ejecución directa de la prestación de la Echeverri, para que ésta fuera cambiada por los respectivos perjuicios compensatorios.

No hay lugar por ello a estudiar si en este caso, no habiéndose probado la imposibilidad de la prestación de la Echeverri, ni alegado siquiera la inoportunidad actual del cumplimiento de las obligaciones de la demandada, es procedente la acción propiamente llamada de perjuicios.

La referida primera petición de la demanda tiene que ser considerada—atendido el tenor general del libelo—como una verdadera acción de resolución que excluye los perjuicios compensatorios, pero no el derecho de exigir la reparación del perjuicio que la resolución deja subsistir.

Este último fue avaluado de común acuerdo por los dos peritos principales, sin necesidad de intervención del perito tercero, en la suma de tres mil pesos, atendidas las siguientes circunstancias: a) la baja general de la propiedad raíz en Manizales; b) la circunstancia de que Botero no pudo cumplir determinados compromisos por falta del dinero que debía entregarle la Echeverri; c) el hecho de que a Botero se le remató una propiedad y se le embargaron otras debido al incumplimiento de la señora Echeverri.

Esta cuantía de tres mil pesos, con respecto a la cual no hizo objeción ni reparo Botero, es obvio que no podía constituír el monto de perjuicios compensatorios propios de la verdadera acción de perjuicios a que se ha hecho referencia, sino el monto del perjuicio subsistente a pesar de la resolu-

ción. En otros términos, la condenación de la Echeverri al pago de esa suma (que es menor que la que tendría que pagar en el caso de que el contrato se ejecutara), implica la previa resolución del contrato para que no sólo la Echeverri, sino también Botero quede desligado de las obligaciones que contrajo por medio del documento en que consta la promesa de contrato.

No puede ser óbice para llegar a esta solución el que Botero haya formulado imperfectamente, o de manera poco técnica, la aludida petición de la demanda. Todo en ella indica que el perjuicio demandado por Botero no es un perjuicio compensatorio que implique la previa ejecución de su prestación y la renuncia de la contraprestación directa, sino el perjuicio consiguiente a una previa resolución que lo desligue a él, lo mismo que a la Echeverri, de la referida promesa.

Botero sí tiene fundamento para demandar y obtener la resolución. No sólo puso en mora a la Echeverri con el requerimiento que ésta trató de burlar alegando que se le había concedido una prórroga, sino que mediante un decisivo haz probatorio ha puesto de manifiesto que su constante empeño de obtener la ejecución del contrato ha tropezado con negativas reiteradas de la Echeverri a cumplirlo por su parte.

En mérito de todo lo cual la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Manizales con fecha 26 de mayo de 1933, revoca la de primera instancia y en su lugar resuelve:

Condénase a Dáctiva Echeverri a pagarle a Manuel Botero, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia, la suma de tres mil pesos, moneda legal, como valor de los perjuicios resultantes para Manuel Botero del hecho de no haber cumplido Dáctiva Echeverri la promesa de compraventa a que se refiere el documento firmado en Manizales el 11 de enero de 1928, promesa que ninguna de las dos partes tiene ya obligación de cumplir.

Sin costas.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Francisco Mújica, Antonio Rocha.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA

Los particulares adquieren las minas de oro por dos modos originales: a) por el descubrimiento; b) por el denuncio de las abandonadas. Descubrir es hallar lo que estaba ignorado, y en ese concepto está fundado el artículo 6º del C. de Minas, el cual enseña que el primer descubridor es el individuo que primero dé el aviso al jefe municipal del distrito donde se halla ubicada la mina, que ha descubierto, indicando la fracción o localidad y el punto preciso donde se halla situada. Pero no basta esto para que se tenga como legalmente descubierta la mina, sino que el hecho del descubrimiento se legaliza de conformidad con los artículos 10, 11, 12, 13, 32, 33, 34, 37 y 38 del código citado, o sea, en síntesis, la anotación del denuncio en el libro respectivo con su fecha y la partida correspondiente que contiene todos los detalles de la mina que se ha avisado como descubierta. El concepto de minas desiertas o abandonadas tiene como fundamento el anterior hallazgo o descubrimiento de éstas y sus títulos legalizados a favor del primer descubridor, pero que por abandono de éste o de sus sucesores, caen bajo la acción de los particulares con el objeto de que puedan entrar en su patrimonio, previas las formalidades de la denuncia. El artículo 51 de la ley 292 de 1875 tiende a resguardar los derechos de los dueños y poseedores de minas, que podían verse envueltos en litigios, no sólo perjudiciales para ellos y para la industria de minería, sino hasta temerarios, porque bastaría el cambio de nombre de una mina para incoar la acción sobre abandono de ella, no obstante no haberse consumado este hecho.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

El Gobernador del Departamento del Cauca, en despacho de veintiséis de febrero de mil novecientos treinta y dos, comisionó al alcalde del distrito de Buenos Aires para que, previa observancia de los preceptos legales, citados en el despacho comisorio, diera posesión a Jesús María Quintero, de la mina abandonada de filón de oro y plata denominada "Mirasoles", situada en el paraje llamado cerro de La Teta, de dicho distrito, y cuya última poseedora fue Matilde Lehmann.

Roberto Lehmann hizo oposición al pedimento de Quintero, por lo cual el Gobernador de dicho Departamento, ante quien Lehmann formuló su oposición, la envió al alcalde de Buenos Aires para que, una vez desfijado el cartel de que trata el Código de Minas, lo agregara al expediente y lo remitiera al Juez de Circuito de la ubicación de la mina, como está prescrito en el artículo 60 de la obra citada.

El alcalde de Buenos Aires, en cumplimiento de la orden del superior, pasó las diligencias al juez del circuito de Santander, quien admitió la oposición de Lehmann y le previno la formalizara en el término legal, como en efecto lo hizo. Lehmann, después de varios incidentes, fue considerado como actor, se dio traslado de su demanda a Quintero y se tramitó el juicio ordinario correspondiente que fue desatado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia de 17 de mayo de 1934, que revocó la del juez a quo, y negó las peticiones del opositor Roberto Lehmann, declaró infundada su oposición, y en ese sentido absolvió al demandado Quintero de los cargos de la demanda.

Roberto Lehmann interpuso recurso de casación contra dicha sentencia, recurso que pasa a fallarse.

El recurrente acusa la sentencia, por ser violatoria de la ley sustantiva, "por aplicación indebida, e interpretación errónea al caso del pleito", y en uno de los capítulos de su demanda se expresa así: "Otro aspecto de la misma causal: Se presenta el señor Quintero como restaurador de la Mina de 'Mirasoles', denuncia de mina abandonada, designa como antigua poseedora a la señorita Matilde Lehmann, y luégo, en el término probatorio de la segunda instancia, hace producir la certificación del Administrador de Hacienda Nacional, según la cual: 'en los libros y demás documentos de la administración, no existe constancia alguna de que se haya pagado impuesto de minas en ningún tiempo por la mina de oro denominada 'Mirasoles', en el distrito de Buenos Aires'; si nunca se ha pagado impuesto por la mina de "Mirasoles" es claro que no puede ser una mina abandonada, porque, según el artículo 341, "las únicas minas que se reputan abandonadas o desiertas, son aquellas por las cuales no se paga el impuesto de que habla el capítulo 11 y que hayan sido tituladas antes de la vigencia de esta ley y aquellas respecto de las cuales se haya dado el aviso de que hablan los artículos 8º,

79, 346 y 367, siempre que se haya perdido el derecho, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo 9° y en los artículos 84 y 380". El abandono en el presente caso se hace consistir en que hallándose titulada la mina, se dejó de pagar el impuesto que forzosamente tuvo que haberse pagado en alguna época; luego lo que aparece de la certificación anteriormente transcrita de la administración de Hacienda Nacional, no tendría explicación, si es que la mina "Mirasoles", así denominada por el señor Quintero, no es la misma de "El Ensolvado" que aparece debidamente titulada, porque, o "Mirasoles" es de nuevo descubrimiento y entonces está mal denunciada como abandonada y carecería de toda razón de ser la presente controversia, ya que desde su iniciación está mal encaminada, o es mina que se pretende abandonada y se ha denunciado como tál, y desierta, pero bajo el nombre distinto a aquel que tenía al tiempo del pretendido abandono, por el cual se le ha conocido, y entonces es de rigurosa aplicación el caso del pleito del art. 51 de la ley 292 de 1875, según el cual "ninguna mina podrá denunciarse como desierta y abandonada bajo otro nombre que aquel que tenía al tiempo del abandono, siempre que por éste sea conocido, y el que lo hiciere pierde por cuatro años el derecho de denunciar esa mina".

Ahora bien: está perfectamente establecido en el expediente que la mina a que se refiere Quintero en su denuncio que no aparece en el expediente sino en forma de despacho, mina que él designa bajo el nombre de "Mirasoles" y la denuncia como abandonada, designando la persona antigua poseedora, es la misma de "El Ensolvado", o por lo menos forma parte de ésta; esto lo indica claramente la diligencia de inspección ocular que figura al folio 14 v. del tercer cuaderno..."

Pasa la Corte a estudiar este cargo, para lo cual hace las siguientes consideraciones:

Los particulares adquieren las minas de oro, por dos modos originales: a) por el descubrimiento de minas; b) por el denuncio de las minas abandonadas. Por eso el legislador se refiere de una manera muy detallada, en dos capítulos distintos del código de minas; en el capítulo segundo, que trata del descubrimiento de las minas, y en los capítulos 20 y 21, que tratan de las minas desiertas y abandonadas y del denuncio de esta clase de minas.

Descubrir es hallar lo que estaba ignorado y oculto, y en ese concepto está fundado el artículo 6° del C. de Minas, el cual enseña que el primer descubridor de una mina es el individuo que primero dé el aviso al jefe municipal del distrito donde se halla ubicada la mina, que ha descubierto, indicando la fracción o localidad y el punto preciso donde se halla situada. Pero no basta esto únicamente para que se tenga como legalmente descubierta la mina, sino que el hecho del descubrimiento se legaliza de conformidad con los artículos 10, 11, 12, 13, 32, 33, 34, 37 y 38 del código citado, o sea, en síntesis, la anotación del denuncio, en el libro respectivo, con su fecha y la partida correspondiente que contiene todos los detalles de la mina que se ha avisado, como descubierta. Llenadas todas esas formalidades y salvo la oposición que puedan hacer terceros, el descubridor es tenido como dueño de la mina que ha descubierto y se procede entonces a darle posesión.

En tratándose de descubrimiento de minas, el concepto fundamental es el del encuentro de minas antes no halladas y ocultas.

El concepto de minas desiertas o abandonadas, tiene como fundamento el anterior hallazgo o descubrimiento de éstas y sus títulos legalizados a favor del primer descubridor, pero que por abandono de éste o de sus sucesores, caen bajo la acción de los particulares con el objeto de que puedan entrar en su patrimonio, previas las formalidades de la denuncia. Las minas que se reputan abandonadas o desiertas pueden dividirse en dos categorías: a) aquellas sobre las cuales no se ha pagado el impuesto de que trata el capítulo 11 del código respectivo, y b) aquellas minas avisadas en que el avisador ha perdido su derecho por algunas de las omisiones o circunstancias a que se refiere el capítulo 9° de la obra citada.

Con el objeto de resguardar los derechos de terceros, no sólo es necesario fijar los carteles de que tratan los artículos 48 a 50 del C. de Minas, aun tratándose de las abandonadas, sino que, en relación con la denuncia de una mina de esta clase, es necesario que se exprese el nombre, apellido y vecindad del último poseedor y que se le cite personalmente (arts. 353 y 336 ibídem). Para llenar los vacíos que existían en dicho código fue dictada la ley 292 de 1875, una de cuyas disposiciones, o sea la contenida en el artículo 51, preceptúa que ninguna mina podrá denunciarse como desierta o abandonada, bajo otro nombre que aquel que tenía al tiempo del abandono, siempre que por éste sea conocida, y el que lo hiciere pierde por 4 años el derecho de denunciar la mina.

Esta disposición tiende a resguardar los derechos de los dueños y poseedores de minas, que podían verse envueltos en litigios

no sólo perjudiciales para ellos y para la industria de minería, sino hasta temerarios, porque bastaría el cambio de nombre de una mina para incoar la acción sobre abandono de ella, no obstante no haberse consumado este hecho.

A la luz de todo lo anterior debe estudiarse el cargo de que se ha hecho mención.

Jesús María Quintero denunció como abandonada la mina de filón de oro y plata de antiguo descubrimiento, situada en el paraje denominado cerro de La Teta, jurisdicción del distrito de Buenos Aires, provincia de Santander, y denominada "Mirasoles", y señaló como su antigua posedora a la señora Matilde Lehmann.

El abandono lo hizo consistir el denunciante en que el dueño de la mina no había pagado el impuesto al tenor del artículo 341 y capítulo 11 del C. de Minas.

Sobre esa petición y sobre ese concepto debe fallarse la presente litis. De modo que lo que procede estudiar como cuestión principal es si la mina de "Mirasoles" es de antiguo descubrimiento, y ha sido abandonada por el hecho de no haber pagado el antiguo poseedor el impuesto correspondiente.

Al folio 4º de las pruebas del mismo denunciante aparece el siguiente certificado: "Administración de Hacienda Nacional.—Jefatura de Impuestos Nacionales.—Popayán, 30 de agosto de 1933.—El suscrito Jefe de Impuestos Nacionales, certifica: Que en los libros y demás documentos de la administración, no existe constancia alguna de que se haya pagado impuesto de minas en ningún tiempo por la mina de oro denominada 'Mirasoles', en el distrito de Buenos Aires. Que la única constancia que existe en esta oficina respecto de la citada mina 'Mirasoles', es la siguiente, que se copia del libro de denuncios de Minas Nº 5. Año de 1932. Enero 7. Consignó Jesús María Quintero en su nombre la suma de cincuenta centavos ($ 0.50) en moneda legal, por valor del impuesto de denuncio correspondiente a una mina sobre una extensión de tres pertenencias de la mina de filón de oro y plata, de propiedad de Matilde Lehmann, quien la ha abandonado, sita en el distrito de Buenos Aires, provincia de Santander, y denominada 'Mirasoles'. El administrador, Antonio Paredes".

De este certificado se desprende que no existe la partida correspondiente, al descubrimiento de la mina "Mirasoles", de que trata el artículo décimo del C. de Minas, y que por lo tanto no se halla esa mina relacionada en el libro respectivo y con las circunstancias y especificaciones, de que tratan los artículos 9, 10, 11 y 12 ibídem.

Siendo esto así, se presume, por lo menos, que la mina de "Mirasoles" no ha sido denunciada como mina nueva, como mina descubierta, condiciones éstas indispensables para que pudiera haber sido denunciada más tarde como mina abandonada. Desde que esa mina no se halla registrada en el libro correspondiente y no está sentada la correspondiente partida de su denuncia, es porque no ha sido denunciada como descubierta.

Legalmente, pues, la mina de "Mirasoles" no ha sido denunciada o avisada como mina nueva, o descubierta, y por lo tanto no puede ser restaurada.

De la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio, se llegó a la conclusión de que el sitio de "Mirasoles" está comprendido dentro de la mina de "El Ensolvado", y no aparece de esa diligencia que dicho sitio sea una mina distinta.

Por otra parte, está acreditada en autos la existencia de la mina de "El Ensolvado", de donde resulta lo siguiente: O la mina "El Ensolvado" es la misma de "Mirasoles", o no lo es: si lo primero, la denuncia como mina abandonada está mal hecha, al tenor del artículo 51 de la ley 292 de 1875, y si lo segundo, la expresada mina de "Mirasoles" no puede ser denunciada como mina abandonada, porque no consta que haya sido matriculada como mina descubierta.

El Tribunal fallador no tuvo en cuenta lo anterior, que es esencial, sino que enfocó la cuestión sobre si Lehmann había pagado o no en oportunidad el impuesto correspondiente por la mina de "El Ensolvado", con lo cual desplazó el asunto, tal como fue planteado, pues el denunciante Quintero hace recaer su petición sobre la mina de "Mirasoles", pero no sobre la de "El Ensolvado".

La causal de casación que acaba de estudiarse es, pues, fundada y debe por lo tanto dictarse la sentencia de instancia.

Los títulos presentados por el demandante Lehmann acreditan su derecho de dominio, sin que valga el argumento del Tribunal, respecto de que son copias tomadas de unas escrituras públicas, que figuran en otro juicio, por lo siguiente: a) porque en un principio, según consta de autos, estuvieron acumulados los juicios sobre denuncia de las minas de "Mirasoles" y de "El Ensolvado", y el demandante Lehmann se amparó en los títulos, en las escrituras que entonces presentó; b) porque el mismo Tribunal decretó la desacumulación de esos dos juicios, y con audiencia del denunciante Quintero se ordenó que se tomaran copia de los títulos para que figuraran en el pre-

sente juicio; y c) porque en esos juicios acumulados no figuraran más sino Quintero por un lado y Lehmann por otro, y como se ha dicho, los títulos amparaban a Lehmann en ambos juicios.

El presente juicio se ha seguido, basado en el concepto de Quintero, que denunció la mina de "Mirasoles", como abandonada, por no haberse pagado por el último poseedor de ella el impuesto correspondiente. Ese extremo no fue tenido en cuenta por el Tribunal, quien ha debido estudiar si ese hecho, el no pago del impuesto de la mina de "Mirasoles", se hizo o no, sin considerar el asunto respecto de la mina de "El Ensolvado", porque este juicio, se repite, no ha surgido por la denuncia de esta mina, como abandonada, sino por la denuncia de la mina de "Mirasoles".

Ya se vio que la mina de "Mirasoles", caso de que exista, no puede ser considerada como abandonada, porque no se demostró que hubiera sido de antiguo descubrimiento, no figura como matriculada; luego mal se podía pagar el impuesto por ella.

Por este aspecto, las pretensiones del denunciante tienen que ser rechazadas.

Lo mismo sucede si se considera que la mina de "Mirasoles" es la misma de "El Ensolvado", porque entonces resulta que Quintero denunció con otro nombre la mina, y es entonces de forzosa aplicación el artículo 51 de la ley 292 de 1875.

El demandante Lehmann, con los títulos que presentó, a juicio de la Corte, ha demostrado su dominio a una mina; su petición debe prosperar, pero no en la forma en que lo expresa el señor juez a quo, refiriéndose a la mina de "Mirasoles", porque en esa forma no está hecha la petición. Debe, por lo tanto, suprimirse ese nombre de la parte resolutiva de la sentencia del juez a quo y fallar la petición del demandante teniendo en cuenta únicamente los linderos.

Las excepciones perentorias propuestas por el denunciante Quintero no pueden prosperar, por lo siguiente: a) porque los títulos que acompañó el demandante Lehmann, ya se vio que sí deben ser tenidos en cuenta en el juicio, y a este respecto se observa que la argumentación del apoderado del recurrente Lehmann es jurídica, y b) porque, admitidos los títulos de Lehmann, su personería sustantiva queda plenamente establecida. En cuanto a los demás hechos en que Quintero funda sus excepciones, por una parte no están demostrados, y por la otra, tales hechos no son apoyo de este fallo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Popayán con fecha 17 de mayo de 1934, y en su lugar resuelve:

Primero.—Refórmase el numeral primero de la sentencia dictada por el juez a quo, el del Circuito de Santander, con fecha dos de mayo de mil novecientos treinta y tres, numeral que queda así:

1. Roberto Lehmann, mayor y vecino de Buenos Aires, es dueño único y exclusivo de una mina, sita en el Municipio de Buenos Aires, de oro corrido y de filón, la misma determinada en el título Nº 25 de 19 de noviembre de 1864, expedido por el Gobierno del Estado Soberano del Cauca, por los siguientes linderos: 'Tomando desde el punto más alto del peñón que queda sobre el nacimiento de la quebrada de El Palmar, línea recta hasta dar a la cumbre del otro peñón, que queda al frente del cerro de La Teta; de este punto desciende a la laguna del Juncal, y de allí se toma, aguas abajo, la vertiente de dicha laguna, hasta su entrada en la quebrada de Andalucía; ésta, aguas abajo, hasta el punto donde entra la cañada o quebrada que viene de los derrumbes del Cerro Alto; ésta quebrada o cañada para arriba, hasta ponerse en la cima de Cerro Alto, pasando por los derrumbes que miran al norte; de este punto, siguiendo la cuchilla que desciende hacia el poniente, hasta ponerse frente a una pila antigua que está en las cabeceras de la quebrada del 'Callanazo'; esta quebrada, desde sus cabeceras hasta donde se junta con la aguadita llamada la Coclí, que es la que está más inmediata al real o caserío de la mina por el lado norte; esta aguadita, aguas arriba, hasta sus cabeceras, y subiendo en línea recta hasta dar con la toma o acequia que corre al lado del camino público o calle que atraviesa la población, donde se ha fijado un mojón, cerca de un árbol de higuerón; de este punto, siguiendo la acequia dicha, aguas abajo, hasta una cintura que queda frente a la puerta de la casa de María Ambrosia Mina, donde se han fijado mojones, y de este punto, línea recta, atravesando la calle en dirección de la puerta de la casa dicha, que desciende hasta caer a una ciénaga, siguiendo las vertientes de ésta hasta caer al río de La Teta: descendiendo luégo este río y siguiendo su curso, aguas abajo, hasta dar en la confluencia de él con la quebrada del Angel, que desciende del Cerroalto de la Teta; subiendo por esta quebrada arriba hasta su nacimiento, y de allí arriba hasta la cumbre del dicho cerro, partiendo luégo por allá a buscar al lado opuesto el origen de la que-

brada de la Toma, descendiendo luégo ella hasta la confluencia de la quebrada Tabuco, siguiendo ésta última para abajo hasta su reunión con la quebrada del Oso, que juntas forman el río Mazamoirras, y continuando por el curso de este río hasta llegar a la desembocadura que hace en la quebrada Andaluz, subiendo dicha quebrada hasta donde le entra una vertiente que sale de la laguna del Juncal, y esta vertiente, aguas arriba, hasta dar en dicha laguna, y de allí al peñón de la montaña de la Chapa hasta el punto más alto de ella, que fue donde se comenzó.

Segundo.—Confírmanse los numerales 2º, 3º y 4º de la misma sentencia, del juez del Circuito de Santander.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Miguel Moreno J. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SE NIEGA UN RECURSO DE HECHO

La venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados está regida por una tramitación especial muy distinta de la tramitación del juicio ordinario. No es un juicio ordinario el que se sigue para la venta o adjudicación del bien hipotecado, sino un juicio especial, de modo que la sentencia que decreta la venta del bien hipotecado no puede estimarse como un fallo dictado en juicio ordinario. La oposición en el juicio de venta de la cosa hipotecada se sustancia y decide por el procedimiento especial del artículo 1190, C. J., y el fallo que se dicta en virtud de aquélla es semejante y tiene la misma fuerza, que las sentencias de excepciones en un juicio ejecutivo, las cuales no son susceptibles tampoco del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.—Bogotá, junio quince de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Arsenio Bram L. demandó a Angel Díaz, en ejercicio de la acción sobre venta o adjudicación del bien hipotecado.

El demandado se opuso a las declaraciones solicitadas por el actor, y el juez primero del circuito de Medellín, en vista de la oposición, negó las peticiones de la demanda.

El demandante Arsenio Bram L. apeló de ese fallo ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el cual, en proveído de veintinueve de enero del año en curso, revocó el auto del juez, declaró infundada la oposición de Angel Díaz, no probadas las excepciones y decretó la venta en pública subasta del bien hipotecado.

El demandado Angel Díaz pidió reposición de la sentencia del Tribunal, y en subsidio interpuso recurso de casación contra ella. El Tribunal no accedió ni a una ni a otra cosa, porque estimó que la sentencia que falló sobre la oposición no puede ser considerada por el Tribunal y que tal sentencia no es de las que están sujetas al recurso de casación.

Por tal motivo, Angel Díaz recurrió de hecho ante la Corte, con el fin de obtener la admisión del recurso que ha propuesto.

El recurrente de hecho estima que el juicio para la venta o adjudicación de los bienes hipotecados se tramita como ordinario desde la notificación de la demanda, cuando hay oposición, y se funda en el artículo 1189 del C. J., de donde deduce que la sentencia del Tribunal es susceptible de recurso de casación.

La Corte considera:

La venta o adjudicación de la prenda o de los bienes hipotecados está regida por una tramitación especial, la consagrada en el título XIII del C. J., muy distinta de la tramitación del juicio ordinario, señalada en el título XVIII del mismo código. No es un juicio ordinario el que se sigue para la venta o adjudicación del bien hipotecado, sino un juicio especial, de modo que la sentencia que decreta la venta del bien hipotecado no puede estimarse como un fallo dictado en un juicio ordinario.

La oposición en el juicio de venta de la cosa hipotecada se sustancia y decide por el procedimiento especial, del artículo 1190 del citado código, y el fallo que se dicta en virtud de aquélla es semejante y tiene la misma fuerza que las sentencias de excepciones en un juicio ejecutivo, que tampoco son susceptibles del recurso de casación.

De acuerdo con el numeral 1º del artículo 519, están sujetas al recurso de casación las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman tal carácter, y las resoluciones que declaran infundada una oposición en el juicio de venta no están comprendidas dentro de ese numeral, entre otras razones, porque tales sentencias pueden ser revisadas en juicio ordinario.

Hay más. El espíritu de la ley 120 de 1928, inmediato antecedente del capítulo del C. J. sobre venta de cosa hipotecada, fue de celeridad y de sencillez. Se quiso acabar con todos los recursos de discusión y demora que permitía el código anterior, como tercerías y otros, que convertían el procedimiento ejecutivo en juicios ordinarios. Y aun se intentó copiar procedimientos extranjeros en que el remate de la cosa hipotecada se hace sumariamente desde la mesa del acreedor hipotecario. Dados estos antecedentes, nada tan contrario al espíritu y finalidad de la reforma que después de ser la ley 120 de 1928, es hoy el título XLII del C. J., como pretender que el auto que se estudia pueda ser objeto del recurso extraordinario pero demorado de la casación.

Basta por lo expuesto para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, deniegue el recurso de hecho propuesto por Angel Díaz.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Eduardo Zuleta Angel, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Ricardo Hinestrosa Daza. Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE EXTINCION DE UNA FIANZA

Se opera el fenómeno de la confusión de calidades de arrendador y deudor que extinguió la deuda por arrendamientos, y, consecuencialmente, la fianza con relación a ellos. En caso de que se tratara solamente de un subarrendamiento, de conformidad con la doctrina jurídica más generalmente aceptada hoy y repetidamente consagrada por la misma Corte de Casación francesa —por lo menos en circunstancias como la del caso de autos—, el subarrendamiento crea un vínculo directo entre el subarrendatario y el arrendador, en virtud del cual aquél está directamente obligado para con éste. La Corte no ha extralimitado su función de casación en este caso, habiendo alegado, como alegó el recurrente, violación del artículo 1603 del C. C., pues aun en los países en donde no le está permitido a la Corte bajo ningún pretexto CONOCER DEL FONDO DE LOS ASUNTOS y en donde ella no tiene otra atribución que casar las sentencias que contengan una VIOLACION EXPRESA de la ley, se admite, cada día con mayor amplitud, que la Corte debe asegurar el respeto, por los Tribunales, de los artículos sobre fuerza obligatoria y ejecución de buena fe de los contratos, "casando las decisiones que rehusen aplicar o deformen el sentido de las convenciones". En los casos en que, a pretexto de interpretación, los jueces en realidad han suplido una cláusula que no existe, Y EN AQUELLOS EN QUE SE PLANTEA LA CUESTION DE BUENA FE EN LA EJECUCION, la Corte ejerce invariablemente su control.

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Hechos

1º Por documento privado de 6 de agosto de 1928, los señores Christian Weidman y Raúl H. Méndez celebraron un contrato de arrendamiento por virtud del cual este último, como arrendador, le dio en arrendamiento a aquél un edificio de cemento armado y ladrillo, de cuatro pisos de alto y una planta baja, situado en la ciudad de Barranquilla, en la acera oriental de la calle de San Blas, entre carrera 20 de Julio y Cuartel.

2º Fue fiador de Weidman, en ese contrato, el señor doctor José A. Llanos, quien, para garantizar las obligaciones que contrajo como arrendatario Weidman, hipotecó varias fincas ubicadas en el Departamento del Magdalena.

3º En el expresado edificio instaló Weidman, por su cuenta, un hotel conocido con el nombre de "Palace-Hotel".

4º Por escritura pública número 2105, de 7 de septiembre de 1928, otorgada ante el Notario 1º de Barranquilla, el arrendador Méndez y el arrendatario Weidman celebraron un contrato de sociedad en comandita simple, bajo la razón social "Weidman & Cía.", "con el subtítulo de Palace-Hotel". El objeto de la sociedad fue "la explotación del negocio de un hotel de primera clase". El capital social se fijó en la suma de $ 8,000, que los socios aportaron así: Weidman $ 4,000, representados en los muebles, útiles y enseres, que figuran inventariados por ambos socios, y Méndez $ 4,000 en dinero efectivo. Weidman debía, además, sin remuneración especial, dedicar todo su tiempo a la sociedad y hacer cooperar en la administración del hotel, gratuitamente, a su esposa, por el interés de ésta en la sociedad conyugal. Fue convenido, finalmente, que Weidman le permitiría en todo tiempo a Méndez, socio comanditario, el examen de los libros de contabilidad que aquél debía llevar, así como el examen de toda clase de documentos, cuentas y demás papeles del negocio, y que le suministraría a éste, verbalmente o por escrito, como Méndez lo quisiera, todos los informes y datos referentes al negocio.

5º Nada se dijo en la referida escritura de constitución de la sociedad sobre el edificio en donde venía funcionando por cuenta de Weidman, y siguió funcionando por cuenta de la sociedad, después de la constitución de ésta, el Palace-Hotel; ni se hizo alusión alguna al modo como el goce de dicho edificio pasaría del socio Weidman a la sociedad Weidman & Cía.

6º De la inspección ocular llevada a cabo por los peritos designados por el Tribunal aparece que en la cuenta de arriendos del libro "Caja" de la sociedad Weidman y Cía." consta que, por cuenta de cánones de arrendamiento del edificio de propiedad del señor Méndez, le fue pagada por la sociedad a éste, en el lapso comprendido entre el 7 de septiembre de 1928 y 6 de marzo de 1929, la suma de $ 5,343.75, o sea lo correspon-

diente a los cánones de septiembre, octubre, noviembre y parte de diciembre, sin que aparezca por ninguna parte que el socio señor Méndez objetara los pagos citados en dichos libros.

7º Por escritura Nº 577 de 6 de marzo de 1929 se disolvió la sociedad de Weidman & Cía." y se estipuló que los activos y pasivos de la sociedad se traspasaban al socio comanditario señor Raúl H. Méndez. Entre las obligaciones del Pasivo figura la suma de $ 11.782.08 a favor del señor Raúl H. Méndez.

8º El día ocho de los mismos mes y año, es decir, dos días después de otorgada la escritura a que alude el memorial anterior, Raúl H. Méndez y Cía. dirigió al fiador señor Llanos una carta, en la que le dice, entre otras cosas, lo siguiente: "Nos permitimos llevar a su conocimiento que la firma (de 'Weidmann y & Cía") quedó disuelta en seis de los corrientes, según escritura Nº 577 de la misma fecha, quedando nuestro principal Don Raúl hecho cargo del activo y pasivo de la mencionada firma.

"Esta determinación obedece principalmente al deseo de reorganizar la mala administración, y de una vez, ha quedado Ud. eximido de seguir respondiendo en su calidad de fiador, por los futuros arrendamientos de marzo en adelante".

9º El doctor José A. Llanos, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado 3º del Circuito en Barranquilla al señor Raúl H. Méndez para que se declare que: "la fianza que otorgó a favor del demandado, en garantía de las obligaciones contraídas por el señor Christian Weidmann, en contrato de 6 de agosto de 1928, quedó extinguida desde el día 7 de septiembre de 1928". El Juez no accedió a las pretensiones del demandante, quien apeló la sentencia, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Barranquilla el 15 de marzo de 1934.

II

Fundamentos del recurso

Contra la sentencia del Tribunal recurrió el apoderado del doctor Llanos, quien formuló contra ella varios cargos, de los cuales la Corte estudiará solamente los siguientes, por encontrar en ellos fundamentos suficientes para la casación:

1º Violación de los artículos 1724 y 1725 del Código Civil. Al efecto dice el recurrente: "Sentado el acaecimiento de la novación, que por sí sólo bastaría para casar, como lo pido, la sentencia recurrida, es necesario establecer también la violación de los artículos 1724 y 1725 del C. C., que definen la 'Confusión'. Ya de esto se habló en los alegatos del demandante, cuya atenta lectura pido al señor Magistrado, por ser de especial interés. Pero puede agregarse lo siguiente: Habiendo venido a constituirse la sociedad de Weidmann & Cía. en nueva arrendataria del edificio en que funcionó el Palace-Hotel, y asumido el señor Raúl H. Méndez el activo y pasivo del hotel, según la escritura Nº 577 de 6 de marzo de 1929, es jurídico sostener que desde esos momentos de la disolución se confundieron en el arrendador las calidades de deudor y acreedor, o, en otras palabras, que Méndez se debía a sí mismo y que la fianza de Llanos carecía de objeto, debiendo cancelarse. Esa confusión no exigía más pruebas que las existentes en los autos, pues más que cuestión plástica o de hecho, es cuestión de derecho, de apreciación intelectiva".

2º Violación del artículo 1603 del C. C., por cuanto el Tribunal estimó que las estipulaciones de la escritura de disolución concernientes al pasivo no implicaban la subrogación de Méndez en la deuda social proveniente del arrendamiento.

3º Violación de los artículos 601 y 722 del C. J., por cuanto el Tribunal "rechazó, no en forma expresa pero sí tácitamente el dictamen pericial en que constaba cómo se pagaron por la sociedad los arrendamientos de sus fondos sociales", lo que "daba lugar a demostrar que era la sociedad la que se consideraba deudora".

III

Examen de los fundamentos aducidos por el recurrente

Con respecto a los cargos formulados contra la sentencia y sintetizados en el capítulo inmediatamente anterior, la Corte considera:

En la escritura de constitución de la sociedad Weidmann & Cía. nada se dijo acerca del goce del edificio en que Weidmann había instalado el Palace-Hotel y en el cual la sociedad iba a continuar y continuó en efecto el negocio iniciado por Weidman.

¿Cómo debe entenderse ese silencio de las partes? ¿Cómo debe interpretarse, en lo concerniente a esa cuestión, el contrato social? ¿Debe interpretarse acaso en el sentido de que Widmann tenía que aportar a la sociedad, además de los $ 4.000 que aportó, y además de su propia industria y del trabajo de su esposa, el goce del inmueble que él había tomado en arrendaminto? En otros términos: ¿debe interpretarse el con-

trato en el sentido de que quedaba a cargo de Weidmann el pago del alquiler? ¿O debe, por el contrario, entenderse que lo convenido fue que la sociedad pagaría el canon de arrendamiento del edificio y que el aporte de Weidmann quedaba limitado a los $ 4,000 de que habla la escritura y al trabajo de él y de su esposa?

Para la Corte no hay duda de que la única interpretación posible, así desde el punto de vista legal como desde el punto de vista jurídico y desde el punto de vista moral, es esta última, y ello por las siguientes razones:

Primera.—Porque de conformidad con el artículo 1622 del C. C., las cláusulas de un contrato "se interpretarán por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes o una de ellas, con aprobación de la otra, y en el expediente consta que la sociedad pagó los cánones de arrendamiento correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y parte de diciembre, sin que aparezca ni se haya alegado siquiera que Weidmann reembolsara o estuviera obligado a reembolsarle a la sociedad esas sumas o que éstas le hubieran sido o le hubieran podido ser cargadas, en su cuenta personal, a Weidmann.

Segunda.—Porque ya es bastante y hasta irritante la desproporción que aparece entre el aporte de Weidmann y el de Méndez para irla a agravar con una interpretación del contrato según la cual hubiera quedado a cargo de aquél la obligación de pagar los alquileres. A tiempo que Méndez sólo aportó $ 4,000, con derecho a la mitad de las utilidades, Weidmann aportó otros 4,000 pesos y además su trabajo permanente y, como si ello fuera poco, el de su esposa, a la cual, por cierto, se le atribuyó una causa jurídica bien peregrina: el interés de ella en la sociedad conyugal.

Tercera.—Porque de las mismas alegaciones de Méndez, y en especial de lo que éste dice acerca de la calidad de subarrendataria de la sociedad, se desprende que el demandado no pone en duda que ésta debía pagar el goce del edificio en el lapso en que lo ocupó.

Ahora bien: si no cabe duda alguna, por lo que acaba de verse, sobre que el goce del edificio, en el lapso en que lo ocupó la sociedad, debía ser pagado por ésta y no por Weidmann, es procedente entrar a esclarecer este otro punto: la obligación de la sociedad de pagar el arrendamiento —obligación cuya existencia es incuestionable, según lo arriba explicado— era una obligación a favor de Weidmann, como subarrendador, o era una obligación a favor de Méndez directamente?

La Corte estima que de la inspección ocular practicada en los libros de la sociedad se deduce con mucha claridad que se trataba de una obligación a favor de Méndez directamente y no de una obligación a favor de Weidmann como subarrendador. A aquél le hizo la sociedad los pagos correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y parte de diciembre, y esa aplicación práctica del convenio hecha por las partes es bastante, conforme a la regla de interpretación del artículo 1622, a que ya se hizo referencia, para concluír que la obligación de la sociedad de pagar los cánones de arrendamiento fue una obligación para con Méndez, sin que esto signifique que al entrar la sociedad en el goce del edificio, y por este hecho, hubieran quedado libres de toda responsabilidad Weidmann, como primitivo arrendatario, y Llanos como fiador, pues no habiendo Méndez expresado su voluntad de dar por libre a Weidmann, es necesario admitir, de conformidad con el artículo 1694 del C. C., que no hubo una verdadera novación y que la obligación de la sociedad no extinguió la de Weidmann, sino que vino a coexistir con ésta, y aún puede agregarse, por aplicación de la parte final de dicho texto, que la sociedad y Weidmann quedaron solidariamente obligados para con Méndez. En efecto: como no hubo una manifestación expresa de Méndez que pudiera transformar en subsidiaria la obligación de Weidmann, ni es posible admitir que tuviera el carácter de subsidiaria la de la sociedad, que tenía el goce de la cosa, ni puede concebirse —dado este goce y lo que resultó de la inspección ocular— que ésta debiera pagar sólo una parte de los cánones, quedando la otra parte a cargo de Weidmann, es necesario concluír que éste y la sociedad estaban solidariamente obligados, ya que, por otra parte, es obvio —y ello pone aún más de relieve la solidaridad entre los dos obligados— que el pago que cualquiera de los dos hiciera libertaba al otro hasta concurrencia de lo pagado. Así Méndez, al constituírse la sociedad, en vez de prescindir de un deudor cuya obligación estaba garantizada, procuró y obtuvo que, además de ese primitivo deudor, hubiera otro —la sociedad— contra el cual tuviera también acción por el total de la deuda.

Siendo claro, por lo que queda explicado, que al llegar el momento de la disolución de la sociedad ésta era deudora de Méndez, solidariamente con Weidmann, por el valor de los cánones de arrendamiento no pagados correspondientes al lapso comprendido

entre la constitución y la disolución de la compañía, debe estudiarse ahora si por virtud de lo estipulado en la escritura de disolución Méndez se subrogó en ésa como en las demás obligaciones de la sociedad.

Por medio de tal escritura —y esto aparece suficientemente confirmado y aclarado no sólo en la carta dirigida a Llanos con fecha de marzo de 1929, sino en los mismos alegatos de Méndez— éste, para obtener antes del plazo estipulado la disolución de la sociedad y poder continuar por su cuenta el negocio del hotel sin participación de Weidmann, en lugar de limitar, como socio comanditario que era, su responsabilidad en el pasivo social, al monto de su aporte, tomó para sí el activo y se hizo cargo de todo el pasivo. Con el explicable propósito de precaverse contra la existencia de deudas sociales, no conocidas por él, exigió que Weidmann hiciera, en la misma escritura de disolución, una enumeración completa de las obligaciones a cargo de la sociedad, después de la cual se hizo la siguiente declaración: "Que la firma disuelta de Weidmann & Cía. no tiene otras obligaciones fuéra de las aquí relacionadas y que la obligación a favor de Werner Vogeler es una obligación particular del exponente Weidmann, así como cualquiera (sic) otras que puedan presentarse fuéra de las aquí relacionadas".

Entre las deudas expresamente enumeradas figura una por $ 11,782.08 a favor de Raúl H. Méndez. Como hay que presumir la buena fe de los contratantes, es necesario partir de la base de que dentro de esa suma está comprendida la deuda a favor de Méndez por concepto de arrendamientos, ya que no se podría suponer que una deuda tan superabundantemente conocida por ambos contratantes hubiera sido deliberadamente callada para hacerla recaer sobre el fiador de Weidmann a tiempo que Méndez tomaba para sí todo el activo social, para continuar el negocio del hotel por su cuenta, cuando precisamente ese activo estaba afecto al pago de todas las deudas sociales, inclusive la de que se viene hablando por concepto de arrendamientos.

Pero aun suponiendo que la deuda por $ 11,782.08 a favor de Méndez proviniera de causas completamente ajenas al arrendamiento, no por ello podría admitirse que Méndez no quedó subrogado en la deuda por alquileres, y esto por las siguientes razones: a) La enumeración de deudas hecha en la escritura de disolución no pudo tener por objeto, porque ello habría sido inmoral, excluír de la responsabilidad de quien tomaba para sí todo el activo, una deuda tan necesariamente conocida por los dos contratantes. El objeto de esa estipulación no pudo ser sino el de evitarle al socio que se hacía cargo del pasivo la sorpresa de deudas no conocidas por él, las cuales debían considerarse como personales de Weidmann; b) Si no se interpreta el convenio de disolución de la sociedad en el sentido de que Méndez quedó subrogado en la obligación concerniente a los arrendamientos, habría que interpretarlo: o en el sentido de que tal obligación quedaba a cargo de Weidmann —cosa inaceptable porque esto equivaldría a admitir que Weidmann había aportado a la sociedad el goce del edificio e implicaría un enriquecimiento sin causa para la sociedad—, o en el sentido de que lo acordado fue que ni Méndez, ni Weidmann ni la sociedad responderían por la deuda en cuestión, cosa igualmente inaceptable, pues en la misma escritura de disolución existe una estipulación que es absolutamente incompatible con esta interpretación: la de que Raúl H. Méndez toma para sí todo el activo.

Quedan así establecidas estas dos cosas:

Primera.—Que la sociedad, en el momento de la disolución era deudora de Méndez por el valor de los arriendos no pagados correspondientes al lapso en que tuvo la sociedad el goce de la cosa, y esto sin perjuicio de que Weidmann también fuera hasta ese momento y por el mismo concepto, deudor de Méndez, y si se quiere deudor solidario.

Segunda.—Que Méndez, al tomar a su cargo, en la forma en que lo hizo, el pasivo de la sociedad, se subrogó en su deuda.

Basta enunciar estas dos conclusiones para que aparezca de manifiesto que se produjo al operarse la disolución de la sociedad y de conformidad con el art. 1724 del C. C., el fenómeno de la confusión que extinguió la mencionada deuda y por consiguiente la fianza otorgada por Llanos, de conformidad con el art. 1725, sin que fuera óbice para ello el que Weidmann hubiera estado también obligado solidariamente hasta ese momento de la disolución de la sociedad al pago de los arrendamientos, pues de conformidad con el art. 1727 la confusión se opera aunque sean varios los deudores y aunque entre ellos haya solidaridad, cuando uno de ellos ha llegado a adquirir el carácter de deudor, quedándole a éste el derecho de repetir contra cada uno de sus codeudores por la cuota o parte que respectivamente le corresponda en la deuda, repetición a que no habría lugar en el presente caso, de conformidad con el art. 1579, porque a Weidmann personalmente en nada le aprovechó ni le podía aprovechar el goce del edificio

durante el lapso en que tuvo este goce de manera exclusiva la sociedad.

Aunque lo dicho es bastante para fundamentar la casación de la sentencia acusada, la Corte no estima improcedente, para reforzar lo expuesto y sentar las bases del fallo que ha de reemplazar el infirmado, hacer estas otras consideraciones:

Primera.—En el supuesto —admitido por el demandado y por el Tribunal— de que sólo se tratara de un subarrendamiento del edificio en que fueran subarrendador Weidmann y la sociedad subarrendataria, se llegaría a la misma conclusión antes expuesta, porque en el caso que se estudia no sólo tenía el arrendatario facultad contractual para subarrendar, sino que el arrendador, además de darle su aquiescencia, por lo menos tácita, al subarriendo en favor de la sociedad, recibió de ésta directamente el valor de los alquileres, y de conformidad con la doctrina jurídica más generalmente aceptada hoy y repetidamente consagrada por la misma Corte de Casación francesa, el subarrendamiento —por lo menos cuando median circunstancias como las que en este caso median— crea un vínculo jurídico directo entre el subarrendatario y el arrendador, en virtud del cual aquél está directamente obligado para con éste, lo que unos autores, como Guilluoard, explican por virtud de un mandato tácito; otros, como Manassé, por razón de una estipulación por otro, y algunos, como Demogue, por aplicación de los principios sobre enriquecimiento sin causa. Este último dice que técnicamente las soluciones admitidas al respecto por la Jurisprudencia se explican así: el arrendatario es originariamente el único acreedor del subarrendatario. El arrendador que puede invocar la acción directa, no tiene, originariamente, sino un derecho eventual contra el subarrendatario. Por un acto de voluntad de parte del arrendador la situación cambia. Este, que conserva como deudor al arrendatario, adquiere un derecho actual contra el subarrendatario. El cambio de acreedor, para éste, se opera, concluye Demogue, desde el día en que el subarrendatario recibe la notificación de la voluntad del arrendador de hacerse pagar directamente por aquél. En el caso que se estudia es incuestionable que existió esa manifestación de voluntad, por parte del arrendador, necesaria para la creación de la acción directa, puesto que los pagos, según la inspección ocular, se le hicieron directamente a dicho arrendador.

Segunda.—Pero aunque se prescindiera, para el caso, de la doctrina que acaba de exponerse; es decir, aunque no se admitiera, en casos como el contemplado, el vínculo directo entre el subarrendatario y el arrendador, no por ello se llegaría a conclusión distinta de la antes expuesta al aceptar la hipótesis del subarrendamiento, pues la fianza se habría extinguido, si no por el fenómeno de la confusión, sí por el de la compensación, operada por ministerio de la ley, entre la deuda de la sociedad (o sea la de su subrogatario Raúl H. Méndez) para con el subarrendador Weidmann y la de éste, como arrendatario, para con el arrendador Méndez, deudas que tenían que ser por un mismo valor y ambos líquidas y exigibles.

Tercera.—Más aún: cualquiera que fuera la explicación que Méndez quisiera darle al goce, por parte de la sociedad, del edificio en cuestión, en el lapso indicado, la conclusión a que se llegaría sería invariablemente la misma a que llegó la Corte al admitir la confusión, y ello porque si se aceptara la hipótesis extravagante de que la sociedad no estuvo convencionalmente obligada a una contraprestación correlativa a dicho goce, sería entonces de indispensable aplicación el principio del enriquecimiento sin causa, que conduciría al mismo resultado ya expuesto, principio que, aunque no aparezca explícitamente formulado en toda su generalidad por nuestro C. C., es aplicable dentro de nuestro sistema legal, conforme al art. 8º de la ley 153 de 1887. Dicho principio ha encontrado su más perfecta consagración técnica en el art. 73 del proyecto de Código Franco-Italiano de las obligaciones, que dice así: "El que sin causa se enriquece a expensas de otro, está obligado a indemnizarlo en el monto en que tal enriquecimiento ha empobrecido al otro".

Cuarta.—Al rectificar la Corte, como lo ha hecho, la interpretación errónea dada por el Tribunal, tanto al contrato de constitución de la sociedad como al convenio de disolución, no ha extralimitado su función de casación, habiendo alegado, como alegó el recurrente, violación del art. 1608 del C. C., pues aun en los países en donde no le está permitido a la Corte bajo ningún pretexto conocer del fondo de los asuntos y en donde ella no tiene otra atribución que casar las sentencias que contengan una violación expresa del texto de la ley, se admite, cada día con mayor amplitud, que la Corte debe asegurar el respeto, por los Tribunales, de los vínculos sobre fuerza obligatoria y ejecución de buena fe de los contratos, "casando las decisiones que rehúsen aplicar o deformen el sentido de las convenciones".

En tales países la Corte de Casación, "para impedir un medio muy fácil de desconocer o modificar el contrato por una deformación de la intención cierta de las partes", casa "las decisiones que desnaturalizan el sentido de la convención". En los casos en que, a pretexto de interpretación, los jueces en realidad han suplido una cláusula que no existe, y en aquellos en que se plantea la cuestión de buena fe en la ejecución, la Corte ejerce invariablemente su control.

Para dictar la sentencia de instancia que ha de reemplazar el fallo del Tribunal, la Corte, además de lo expuesto, considera:

El demandante pidió que se declarara que la fianza se había extinguido el 7 de septiembre de 1928, y según lo antes visto, el fenómeno de la confusión se operó el 7 de marzo de 1929, fecha de la disolución de la compañía, pero como por razón de tal fenómeno lo que se extinguió fue la obligación de Weidmann y de su fiador concerniente al pago de los cánones no pagados correspondientes al lapso comprendido entre las dos fechas que se acaban de indicar, y como, por otra parte, en relación con los cánones de marzo en adelante, la liberación del fiador está establecida por la expresa manifestación de Méndez, no resulta, en el fondo, incongruencia ni disparidad siquiera entre lo pedido por el demandante y lo que se desprende de lo arriba dicho. Tanto vale declarar que la fianza se extinguió, como se asevera en la demanda, el 7 de septiembre de 1928, como declarar que, habiéndose extinguido la fianza solamente el 6 de marzo de 1929, esa extinción, por el modo como se verificó, implica la completa liberación del fiador en lo relativo al pago de los cánones de arrendamiento causados en el lapso comprendido entre la fecha de constitución y la fecha de disolución de la sociedad. Lo que vale decir que puede hacerse esta última declaración —que es la que se desprende lógicamente de los razonamientos contenidos en la parte motiva de esta sentencia— a pesar de la forma en que hizo el demandante la petición principal de su demanda, sin que por ello haya incongruencia, siendo entendido que esta explicación ha de servir para precisar exactamente el alcance de la parte resolutiva de esta sentencia.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en este juicio, con fecha 15 de marzo de 1934, se revoca la del juez de primera instancia, y en su lugar resuelve:

Primero.—La fianza otorgada por el doctor José A. Llanos, por escritura pública número mil ochocientos catorce, de seis de agosto de mil novecientos veintiocho, de la Notaría Primera de Barranquilla, para garantizar las obligaciones que como arrendatario había contraído, para con el señor Raúl H. Méndez, el señor Christian Weidmann, por documento privado de seis de agosto de mil novecientos veintiocho, se extinguió el día 6 de marzo de 1929, por virtud de la confusión que extinguió la obligación principal, en cuanto a los cánones de arrendamiento causados entre el 7 de septiembre de 1928 y el 3 de marzo de 1929, que no estuvieran ya pagados.

Segundo.—Como por expresa manifestación del arrendador, el fiador quedó eximido, en cuanto al pago de los arrendamientos relativos al período comprendido entre el 6 de marzo de 1929 y la expiración del plazo fijado para el arrendamiento, de toda responsabilidad y de toda obligación al respecto, se condena al demandado a cancelar la fianza hipotecaria mencionada.

Sin costas.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PLURALIDAD DE JURISDICCIONES.—TRIBUNALES JUDICIALES Y TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS.—CRITERIO PARA DETERMINAR LA COMPETENCIA DE LOS UNOS Y DE LOS OTROS.—DISTINCION ENTRE LOS ACTOS CONCERNIENTES AL SERVICIO PUBLICO Y LOS ACTOS EXTRAÑOS A TAL SERVICIO.—DISTINCION ENTRE LOS ACTOS DE "AUTORIDAD" Y LOS ACTOS DE GESTION.—CRITERIO MODERNO: ACTOS DE AUTORIDAD Y ACTOS DE GESTION RELACIONADOS CON EL SERVICIO PUBLICO. — LEGISLACION COLOMBIANA. DIFERENCIAS Y ANOMALIAS.—COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS COLOMBIANOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre ocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

Y

Hechos

El Municipio de Bosa, por medio de apoderado —fundándose en que los límites que separan ese Municipio del de Bogotá son los señalados por la ley cundinamarquesa Nº 26 de 1883, y en que este último, "desde hace muchos años... ha venido ejerciendo actos de jurisdicción política y administrativa y cobrando y percibiendo impuesto... sobre territorios que están ubicados dentro de los límites del Municipio de Bosa"— demandó al Municipio de Bogotá para que se hicieran, con citación y audiencia de éste, las declaraciones siguientes: "Primera—Que el Municipio de Bogotá debe abstenerse de cobrar en lo sucesivo impuestos y contribuciones, rentas, participaciones y cualesquiera otros arbitrios fiscales, y de ejercer actos de jurisdicción política y administrativa sobre el territorio comprendido fuéra de sus límites y que está localizado dentro de los términos territoriales del Municipio de Bosa, o sea sobre el territorio que demora del río Fucha hacia el sur. Segunda.—Que el Municipio de Bogotá debe entregar al de Bosa todas las sumas de dinero provenientes del cobro y percepción de impuestos, contribuciones, participaciones, servicios y a cualquiera otro título que ha cobrado y percibido indebidamente y que deben corresponder al Municipio de Bosa por razón de jurisdicción administrativa sobre el territorio situado hacia el sur del río Fucha, territorio sobre el cual ha ejercitado el Municipio de Bogotá el cobro y percepción de tales sumas de dinero por los conceptos anotados. Tercera.—Que se condene al Municipio de Bogotá a pagar al de Bosa todas las sumas de dinero de que trata la declaración anterior, inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia correspondiente o dentro del término que para el efecto se señale por usted; y que el pago se haga de conformidad con la cuantía que resulte probada en este juicio o en otro posterior, en el cual solamente puede discutirse el monto de la cuantía. Cuarta.—Que el Municipio de Bogotá debe pagar al de Bosa los intereses legales sobre todas las sumas que han recaudado en territorios que corresponden a la jurisdicción del Municipio de Bosa, durante todo el tiempo que los ha tenido en su poder".

Base fundamental de la demanda es la de que el río Fucha, conforme a la ley antes citada, es, en gran parte de su curso, el límite entre los Municipios de Bogotá y Bosa.

El Personero Municipal de Bogotá, en la contestación de la demanda, negó que el lindero entre los municipios de Bogotá y Bosa fuera el curso de las aguas del río Fucha y negó que el Municipio de Bogotá hubiera venido cobrando impuestos, contribuciones, etc., sobre el territorio del Municipio de Bosa. En su alegato de conclusión, el Personero, fundándose en lo dispuesto por el art. 7º de la ley 71 de 1916 y en que "existe indeterminación en la línea divisoria entre los dos municipios contendientes", sostuvo que "ninguna intervención puede tener el poder judicial en el asunto que aquí se debate", pues "solamente cuando se haya determinado la línea divisoria entre los dos Municipios, por el procedimiento detallado en la ley 71 de 1916, podrá establecerse si en determinada porción se están ejerciendo por parte del Municipio de Bogotá actos de administración indebidamente".

El Juez 1º del Circuito, fundándose en que no son obscuros ni dudosos los límites de los dos municipios —resultado a que él llega después de un largo análisis de la ley de 1883— y en que "aquí no se ventila el derecho sobre límites, sino que las declaraciones del libelo miran a prestaciones en dinero", entró a estudiar a fondo la cuestión y rechazandó, con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa, la alegación que había hecho el Personero de Bogotá, en el sentido de que no sería el Municipio de Bosa, sino los particulares que hicieron pa-

gos indebidos, los que tendrían derecho a repetir contra el Municipio de Bogotá, resolvió que éste debe abstenerse de cobrar, en lo sucesivo, impuestos y contribuciones, rentas y participaciones y cualesquiera otros arbitrios fiscales en el territorio que mora al Sur del río Fucha, y que el Municipio de Bogotá debe entregar al de Bosa —según la cuantía que se fije en otro juicio— todas las sumas de dinero provenientes del cobro y percepción de impuestos, participaciones y servicios que a cualquier título ha cobrado en la zona de terreno mencionada en el punto anterior.

II

Sentencia acusada

El Tribunal de Bogotá, ante el cual se apeló de la referida sentencia, la revocó, para negar las peticiones principales de la demanda por carencia de jurisdicción del Juez y del Tribunal sentenciadores, y para declarar, como declaró, probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, con relación a las peticiones consecuenciales sobre pagos de sumas de dinero por el Municipio de Bogotá al de Bosa.

Se fundó para ello el Tribunal de Bogotá, por lo que hace a las peticiones principales de la demanda, en que se trataba de un pleito entre dos entidades de derecho público, "suscitado por una competencia recíproca de facultades administrativas, ya que Bogotá, con la oposición de Bosa, legal o ilegalmente, con toda razón o sin un ápice de ella —circunstancias que para los efectos de la jurisdicción no juegan ningún papel—, extiende, a pretexto de ejercer autoridad, el radio de su administración a regiones sobre las cuales Bosa pretende también tener derecho para ejercer los mismos actos de autoridad que desarrolla Bogotá.

"El cobro de impuestos y contribuciones, rentas, participaciones y cualesquiera otros arbitrios fiscales, son actos de estricta jurisdicción política y administrativa, que corresponden a los Municipios en su carácter de entidades de derecho público, y en ejercicio de la autoridad y soberanía que como a tales les ha delegado la constitución nacional. Nadie, pues, será osado a negar, después de atenta meditación, que las peticiones principales de la demanda, así en lo referente al ejercicio de jurisdicción política como en lo atañedero al recaudo de impuestos, someten a controversia una cuestión de estricto derecho administrativo".

Y en cuanto a las declaraciones consecuenciales pedidas por el demandante, expuso el Tribunal, como fundamento de su fallo, entre otras consideraciones, las siguientes: "Negado a la justicia común el derecho a calificar la bondad de determinada categoría de actos administrativos, también carece de facultad para determinar las repercusiones que en el orden patrimonial de otra entidad hayan podido tener esos actos, con el fin de deducir las responsabilidades civiles que competan, con el carácter de indemnizaciones, sea por concepto de pagos indebidos, injusto enriquecimiento, o cualquiera otra fuente de obligaciones sancionadas en en el C. C. Mientras la justicia administrativa, en sentencia que tenga la fuerza de cosa juzgada, no decida cuál es la entidad a quien asiste razón en el conflicto, por haber obrado dentro de la ley, la justicia ordinaria está jurídicamente imposibilitada para deducir ninguna responsabilidad pecuniaria, por ausencia de la base o el hecho generador de ella. Y si anticipándose a este hecho lo hiciese, sería incurriendo en una notoria usurpación de funciones, comoquiera que a la condena o a la absolución debe preceder el estudio, a ella vedado, de los actos de autoridad acusados en que se pretendan fundar los supuestos daños".

III

Fundamentos del recurso

El apoderado del Municipio de Bosa ataca la sentencia del Tribunal:

a) Por infracción directa de los artículos 195 y 198 del código de régimen político y municipal y 50 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, así como también por interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 1º y 38 de la ley 130 de 1913, pues, en sentir del recurrente, al negarse el Tribunal a reconocer y a hacer respetar el derecho inequívoco del Municipio de Bosa —una vez demostrado que el lindero es el río Fucha y que en territorio que pertenece al actor ha cobrado y percibido el demandado bienes y rentas que no le pertenecen, violó los expresados textos legales, "porque si los bienes y rentas de los municipios son de la propiedad exclusiva de éstos y gozan de las mismas garantías que los bienes y rentas de los particulares, como constitucionalmente está consagrado, es indudable que el desconocimiento de esos derechos envuelve la transgresión directa de las leyes que los reconocen".

b) Por haberse abstenido el Tribunal de conocer de un asunto de su competencia, ya que, en concepto del recurrente, "es indudable que las peticiones que ha estimado (el

Tribunal) como principales, seguramente por figurar como primeras en la demanda, no son sino las secundarias y accesorias". "Lo principal del pleito —continúa el recurrente— es la recuperación o reintegro de bienes que hacen parte del patrimonio del actor y que se hallan en poder del demandado, indebida e injustamente, como se acreditó lujosamente en el plenario: una consecuencia —ella sí lógica y muy legal— es la de que el infractor, una vez cumplida su obligación de devolver lo adquirido sin derecho, se abstenga de continuar apropiándose lo que no le pertenece... Nadie ha planteado a la justicia ordinaria un problema de límites ni un problema de jurisdicción: la demanda ha partido del hecho cierto, indiscutible y terminante de que los Municipios en cuestión tienen un territorio definido por el legislador y que uno de ellos ha sido desposeído de los bienes y rentas que debía derivar de una parte de ese territorio, y no ha pedido el demandante que el poder judicial declare, ni la existencia de ese derecho, ni el reconocimiento de ese hecho, sino tan sólo que haga cesar el último y respetar el primero, esto es, su misión de impartir justicia".

c)—Por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues el Tribunal "apreció mal las aspiraciones del demandante al creer que quería como declaración principal la declaración de linderos entre los dos municipios y la prohibición de que uno de ellos ejerciera actos de administración, dejando como cuestión secundaria la del reintegro o restituciones, engolfándose en el tema de la competencia... Las pretensiones oportunamente deducidas por el Municipio de Bosa, como se ha visto, fueron mal apreciadas, y, como consecuencia, la sentencia no quedó en consonancia con ellas".

El señor Procurador General de la Nación, en escrito de 17 de agosto del corriente año de 1935, se opuso al recurso y pidió que se confirmara la sentencia del Tribunal, fundándose para ello, por una parte, en que se trata de un conflicto de límites —que debe ser resuelto previamente por la Asamblea— para poder determinar si el Municipio de Bogotá ha cobrado rentas, impuestos, contribuciones, etc., que no le pertenecen, y, por otra parte, en que aún "dando beligerancia" a la tesis del demandante de que la cuestión de límites está definida, toca a la justicia contencioso-administrativa conocer de los actos meramente administrativos en que está fundada la demanda entablada por el Municipio de Bosa.

IV

Examen de las causales aducidas

De las tres causales invocadas por el recurrente, la Corte, para resolver en un orden lógico, estudiará en primer lugar —y conjuntamente, por la íntima relación que hay entre ellas— las dos últimas: haberse abstenido el Tribunal de conocer un asunto de su competencia y no estar la sentencia en consonancia con las peticiones oportunamente deducidas por los litigantes. Para fundamentar una y otra causal, el recurrente manifiesta repetidamente que las peticiones estimadas por el Tribunal como principales, no son sino secundarias y accesorias y afirma que lo principal del pleito es la recuperación o reintegro de bienes que hacen parte del patrimonio del Municipio de Bosa.

Al efecto, la Corte considera:

La organización jurisdiccional de los países civilizados corresponde a uno de estos dos grandes sistemas: el de la unidad o el de la pluralidad de jurisdicciones. En el primero, practicado especialmente por los países anglosajones, todos los procesos, cualesquiera que ellos sean, todos los litigios civiles o administrativos, son juzgados por una misma y única jerarquía de Tribunales: los Tribunales judiciales, que tienen así, con respecto a las autoridades administrativas, el carácter de un verdadero superior jerárquico. En el segundo de los sistemas indicados —que es el adoptado por Colombia, en donde se tomó, en términos generales, como modelo, la concepción francesa de la separación de las autoridades administrativa y judicial—, unos litigios son resueltos por los tribunales administrativos y otros por los tribunales judiciales.

Respecto del criterio para determinar la competencia respectiva de los Tribunales administrativos y los judiciales, en el segundo sistema, la doctrina jurídica comenzó adoptando el criterio de la distinción entre los actos concernientes a los servicios públicos y los actos extraños a tales servicios, o sea los que sólo miran al patrimonio privado de las entidades de derecho público; proclamó después, especialmente por boca de La Ferriére, el criterio de distinción entre los actos de autoridad y los actos de gestión, para someter los primeros a la competencia de los tribunales administrativos y los segundos a la decisión del poder judicial; pero, bajo la influencia de la preponderancia adquirida en el derecho administrativo por la noción de servicio público, ese criterio, que había comenzado a delinearse

a mediados del siglo pasado, sin desaparecer, se modificó en el sentido de ampliar todavía más la jurisdicción administrativa para someter a la decisión de ésta aún los actos de gestión cuando los litigios respectivos han surgido con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, aunque, más recientemente todavía, ha habido la tendencia a distinguir, ya cuando se trata de contratos celebrados por la autoridad administrativa, entre aquellos que contienen las cláusulas ordinarias de las convenciones celebradas entre particulares y aquellos que han sido tácita o expresamente sustraídos a las reglas de derecho privado, para no someter sino estos últimos a la competencia administrativa.

Nuestra legislación sobre jurisdicción contencioso-administrativa no responde exactamente a esos principios, pues, por una parte, sustrae del conocimiento de los tribunales administrativos los litigios y conflictos originados en contratos administrativos celebrados en nombre del Estado y, por otra parte, somete al conocimiento de tales tribunales cuestiones que no se relacionan con la noción —considerada hoy fundamental y decisiva— de servicio público.

Con todo, esos principios generales de derecho administrativo antes expuestos, contribuyen a fijar el sentido y el alcance de los textos que se mencionan en seguida: conforme al art. 1º de la ley 130 de 1913, están sometidos a la jurisdicción administrativa, en general, los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, y al tenor del art. 38 (letra d) de la misma ley, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento "de las cuestiones que se susciten en el campo administrativo entre dos o más municipios situados dentro del territorio" de la jurisdicción del respectivo Tribunal Administrativo. De otra parte, conforme al art. 7º de la ley 71 de 1916, todos los asuntos concernientes a la aclaración, determinación o precisión de los linderos municipales corresponden a la respectiva Asamblea departamental.

En el caso que se estudia, hay, por una parte, una cuestión previa sobre determinación de la línea divisoria de los dos municipios, puesto que el demandante afirma y el demandado niega, que está comprendido dentro de los linderos del Municipio de Bosa el territorio situado hacia el sur del curso de las aguas del río Fucha. Y sea que tal afirmación del demandante se considere como un hecho básico de la demanda, sea que se la considere como fundamento de derecho, lo indiscutible es que se trata de una cuestión que —requiriendo, como requiere, una decisión previa— es completamente ajena y extraña a la jurisdicción judicial.

Y hay, por otra parte, una cuestión que —llámesela como se quiera— consiste en la apreciación de la validez o invalidez, legalidad o ilegalidad de actos ejercidos por el Municipio de Bogotá en relación con el cobro de impuestos, rentas o participaciones. Y precisamente el prototipo de los actos administrativos sometidos a la jurisdicción administrativa es ese del cobro de impuestos, rentas, etc. En el más característico de los actos de autoridad, el que más nítidamente se distingue de los actos de gestión, el que más sustancialmente está vinculado a la noción de servicio público, porque el impuesto no es otra cosa que la base fundamental del servicio público, y, finalmente, el que de manera más incuestionable queda comprendido dentro del concepto, antes expresado, del art. 38 (letra d) de la ley 130, puesto que el "campo administrativo", de que aquí se habla, es ante todo el de los actos de autoridad relacionados con el servicio público.

Ahora bien: la primera de las dos cuestiones indicadas corresponde a la Asamblea Departamental, de acuerdo con la citada ley 71 de 1916 (art. 7º), y la segunda a la jurisdicción contencioso-administrativa, al tenor de lo dispuesto por los dos citados textos de la ley 130 de 1913.

El recurrente, para refutar las consideraciones expuestas, en este mismo sentido, por el Tribunal, insiste en sostener que "lo principal del pleito es la recuperación o reintegro de bienes que hacen parte del patrimonio del actor y que se hallan en poder del demandado, indebida e injustamente, como se acreditó lujosamente en el plenario", y que solamente como consecuencia de esa petición fundamental de la demanda se solicitó también que, una vez cumplida esa obligación de devolver lo adquirido sin derecho, se ordenara al Municipio de Bogotá abstenerse de continuar apropiándose lo que no le pertenece. "Nadie ha planteado —dice el recurrente— un problema de límites ni un problema jurisdiccional a la justicia ordinaria; la demanda ha partido del hecho cierto, indiscutible y terminante de que los Municipios de Bogotá y Bosa tienen un territorio definido por el legislador y de que uno de ellos ha sido desposeído de los bienes y rentas que debía derivar de una parte de ese territorio...".

A lo cual se observa:

a) Que contra esas afirmaciones, media la circunstancia de que el Municipio de Bosa, como base fundamental de su pedimento, aseveró en la demanda y ha sostenido

durante todo el juicio, que el límite entre los dos Municipios es el curso de las aguas del río Fucha, cosa que, desde la contestación de la demanda, ha negado el Municipio de Bogotá, el cual afirma que la ley cundinamarquesa de 1883 no se refiere, como lo pretende Bosa, al curso de las aguas del Fucha, sino a la hoya hidrográfica de éste. Y —como ya se observó— ora se considere esa afirmación del Municipio de Bosa como hecho básico de la demanda, ora se le considere como fundamento de derecho de la misma, lo cierto es que entre el demandante y el demandado, desde que se trabó la litiscontestatio, hay un desacuerdo a ese respecto, que el Juzgador —ya por vía de interpretación de la ley, ya como consecuencia de la apreciación de las pruebas— habría tenido que fallar previamente para poder resolver las otras cuestiones de la demanda. Y para tal fallo carecía de jurisdicción.

De la circunstancia —que, a juicio del recurrente, es indiscutible— de que está muy bien probada su afirmación sobre los linderos de Bogotá y Bosa, deduce él que, no habiendo duda sobre el particular, no se requería fallo alguno sobre esa cuestión; pero es obvio que habiendo negado el demandado, como ha negado insistentemente, que los linderos entre los dos Municipios son los que señala Bosa en su demanda, era necesaria una decisión previa sobre ese punto, por muy temeraria que pudiera parecerle al apoderado de Bosa la negativa reiterada de Bogotá, y cabalmente para esa decisión, según lo expuesto, carecía de jurisdicción el Tribunal.

b) Pero si se admitiera la tesis del recurrente, según la cual "nadie ha planteado a la justicia ordinaria un problema de límites ni un problema jurisdiccional", pues "la demanda ha partido del hecho cierto, indiscutible y terminante de que los Municipios de Bogotá y Bosa tienen un territorio definido por el legislador y de que uno de ellos ha sido desposeído de los bienes y rentas que debía derivar de una parte de ese territorio", no sería menos exacta legalmente la conclusión a que llegó el Tribunal, y esto por dos razones: 1ª De una parte, por muy "cierto, indiscutible y terminante"... que le parezca al recurrente el hecho de que el Municipio de Bosa "ha sido desposeído de los bienes y rentas que debía derivar de una parte" de su territorio, es incuestionable que el Tribunal, para acceder a las pretensiones de Bosa sobre reintegro a éste de las sumas que considere indebidamente percibidas por Bogotá, habría tenido que entrar a estudiar primero las pruebas presentadas sobre ese hecho considerado como "cierto, indiscutible y terminante", para resolver si el Municipio de Bosa había sido desposeído injustamente y si había por lo tanto lugar al reintegro demandado, cosas todas éstas para las cuales carecía de jurisdicción el Tribunal; 2ª Por otra parte, es indiscutible que corresponde a la jurisdicción administrativa, de acuerdo con los principios generales de derecho administrativo y con terminantes disposiciones de nuestra ley positiva, el conocimiento de los litigios originados por los actos de autoridad ejecutados por corporaciones o funcionarios administrativos y especialmente de las cuestiones suscitadas entre Municipios sobre competencia de facultades administrativas, y en el caso que se estudia, nadie podría negar que los actos del Municipio de Bogotá que dieron origen al presente litigio son actos de autoridad relacionados con servicios públicos y que por ello se trata cabalmente de una cuestión suscitada en el campo administrativo entre dos municipios, ajena al poder judicial.

c) Y si, adelantando más todavía, se admitiera que "lo principal del pleito es la recuperación o reintegro de bienes que hacen parte del patrimonio del actor y que se hallan en poder del demandado" y que tal recuperación o reintegro se basa en hechos que no son discutibles y en un derecho que es claro, no por ello se podría llegar a la conclusión de que el Tribunal se abstuvo sin razón e ilegalmente de conocer de un asunto de su competencia, pues la recuperación o reintegro de bienes de que habla el recurrente, según él mismo lo expresa, se demanda en ejercicio de la acción de "in rem verso", la cual, para ser decidida por el fallador, presupone necesariamente una resolución de fondo sobre la legalidad o ilegalidad, validez o invalidez de los actos o hechos jurídicos que originaron el pretendido enriquecimiento sin causa, y como, en el campo que se estudia, tales actos o hechos jurídicos fueron ejecutados por corporaciones o funcionarios administrativos y no corresponden a los llamados actos de gestión, sino a los clasificados como actos de autoridad, y se relacionan íntimamente con el servicio público, no hay la menor duda de que el Tribunal carecía de jurisdicción para el caso.

En lo concerniente a la primera causal aducida por el recurrente, la Corte considera: Que habiendo llegado como llegó a la conclusión de que el Tribunal carecía de jurisdicción para decidir acerca de las peticio-

nes principales de la demanda, no podría admitirse que hubo violación de los textos legales citados por el recurrente en relación con la primera causal, porque tal violación no podría concebirse sino en el supuesto de que el Tribunal hubiera sido competente para conocer del asunto en la forma en que lo sostiene el recurrente. "No puede alegarse que no exista la violación, porque el Tribunal se haya abstenido de conocer del pleito, ya que la omisión conduce exactamente lo mismo al desconocimiento del derecho de Bosa y los resultados son idénticos jurídicamente hablando. Igualmente viola la ley quien se abstiene de aplicarla que quien la quebranta, cuando de la no aplicación resulta un perjuicio tan notorio..." Efectivamente se viola la ley cuando no se aplica debiendo aplicarse, pero no cuando ella no se aplica por falta de jurisdicción.

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 Bogotá en este juicio con fecha treinta de marzo de mil novecientos treinta y cinco.

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

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DEMANDA PARA QUE SE DECLARE QUE UN REMATE HECHO POR EL MANDATARIO FUE A NOMBRE DEL MANDANTE.—TERMINOS.

Los términos procesales propiamente dichos empiezan a correr desde el día siguiente al de su notificación. Si corriendo el término se solicita reposición, el término sigue corriendo hasta que por mandato del artículo 350 del C. J., pase el secretario pasar el expediente al despacho del juzgador. Si el auto es revocado, entonces el término no tuvo lugar de correr; si se mantiene entonces el término sigue corriendo desde el día siguiente al de la notificación del nuevo auto, caso en el cual, la llamada suspensión del término no se debe a la reposición solicitada, sino al hecho de sustraerse el expediente a la disposición de la parte. Si el auto notificado contiene la orden de dar un aviso, de hacer un requerimiento, una remisión o otro acto análogo, el artículo 325 del C. J. establece que el requerimiento se entiende surtido con la notificación del auto que lo ordena y la exhibición de los documentos que según el caso exige la ley. Si el auto se revoca, el requerimiento se da por no hecho; si se mantiene, surte todos sus efectos. El recurso de reposición puede modificar o rectificar el procedimiento, pero no suspender los efectos legales del requerimiento, ni obtener la repetición de un término dentro del cual se consumó. La pena o sanción de pérdida del pleito la impone la ley al actor o demandado que, en las ocasiones previstas por los numerales 1.o y 2o del artículo 381 del C. J., no hayan devuelto el expediente cuando el juez dicta la sentencia, pero no cuando ya lo hayan devuelto en el momento de sentenciar, y en uno y otro caso, vencidos ya, los tres días posteriores al requerimiento. No habiendo fallado el Tribunal sobre el fondo del negocio porque se limitó a imponer una pena indebidamente, no es procedente dictar sentencia que reemplace la recurrida, sino devolver el proceso para que se dicte un fallo no deficiente. Como la imposición de esa pena trajo como consecuencia una absolución de fondo, el fallo fue definitivo y de ahí que haya podido casarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, octubre nueve de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos pertinentes en casación.

La casa comercial de Bensmann & Linzen & Cía., S. A., inició ante el Juez segundo del Circuito de Cali una demanda por la vía ordinaria, que posteriormente fue continuada por el Banco de Londres y América del Sud, Limited, como cesionario de los derechos litigiosos, contra Miguel Angel Muñoz, vecino de Cali, con el fin de obtener varias declaraciones judiciales, principales y subsidiarias, como son, en resumen:

Principales: Que el remate hecho por Miguel Angel Muñoz el 21 de febrero de 1921 en el juicio ejecutivo que se siguió en el Juzgado 1° del Circuito de Cali contra Richard Gorck de la quinta denominada "La María", ubicada en la margen izquierda del río Cali, lo verificó Muñoz como mandatario de la casa comercial demandante, con dinero de ella y guardando sus instrucciones, no obstante que en la respectiva acta de remate omitió Muñoz expresar que no remataba para sí sino para sus comitentes; que el dominio de la casa-quinta pertenecía a la sociedad de Bensmann & Linzen, S. A., como sucesores de Bohmer & Linzen; que Muñoz poseedor del inmueble, debía restituírlo a dicha casa con sus frutos civiles y como poseedor de mala fe; que debía pagarles treinta mil pesos oro legal colombiano ($ 30,000), como monto de la indemnización de perjuicios sufridos por la compañía demandante por no haberle otorgado Muñoz la escritura de propiedad y la entrega de la casa; que se ordenara la cancelación del registro del acta de remate.

Subsidiarias: Que se obligara a Muñoz a hacerles la escritura de traspaso del dominio de la casa-quinta y a restituírsela materialmente; a pagarles por concepto de frutos civiles y como poseedor de mala fe la suma de dinero que se fijara en juicio separado, y la de treinta mil pesos ($ 30,000), como indemnización por la renuncia a hacerles la escritura y la entrega de la casa. Por último, también en subsidio, que se declarara la obligación de Muñoz de pagarles la suma de ocho mil pesos ($ 8,000) que tomó de la caja de Bohmer & Linzen para hacer el remate, con sus intereses, más lo que ésta casa comercial hubiera pagado por concepto de impuestos sobre la casa. Y en todos los casos ya dichos que se le condenara al pago de las costas.

De las solicitudes anteriores se infiere la relación de hechos en que el actor fun-

dó su demanda, a los que el demandado Muñoz respondió negando que hubiera obrado por cuenta y riesgo de Bensmann & Linzen al hacer el remate de la casa-quinta de "La María", manifestando que él remató para sí, en su propio nombre, aunque con dinero de la casa demandante, que no negaba debérselo sino el estar obligado a pagarlo por cuanto, dice, con posterioridad al remate los demandantes le causaron a deber una mayor suma de pesos.

Tramitada la primera instancia del juicio, el Juez segundo del Circuito de Cali dictó sentencia definitiva el 16 de marzo de 1933, y allí consideró que el día 18 de noviembre de 1932 el apoderado de la parte demandante recibió el expediente por el término de diez (10) días para alegar de bien probado (folio 63 del cuaderno principal); que vencido ese término la parte demandada solicitó que se requiriera a aquél para la devolución de los autos, solicitud que fue despachada por el Juez el 12 de diciembre en la siguiente forma (folio 77 ibídem):

"Visto el informe anterior y la petición de Miguel A. Muñoz, el Juzgado resuelve: Requiérese al doctor Fernando Medina Ch. para que dentro del término de tres días contados desde la notificación de este auto, devuelva el juicio ordinario promovido por los señores Bensmann & Linzen & Cía., S. A., y seguido después por el Banco de Londres y América del Sud, Limited, contra el señor Miguel A. Muñoz, y que el doctor Medina Ch., apoderado de la parte demandante, recibió en traslado para alegar, por diez (10) días, desde el 18 de noviembre próximo pasado. Se advierte al requerido que si no devuelve oportunamente el negocio, queda incurso en una multa de veinte pesos ($ 20,00) y además se le aplicarán las sanciones establecidas en el artículo 381 del C. J.".

Que este auto, continúa en resumen el fallo, le fue notificado personalmente al doctor Medina el mismo día 12 de diciembre de 1932 a las dos de la tarde; que el 15 del mismo mes el requerido pidió reposición y revocatoria del auto que se deja transcrito; la cual fue negada por el juzgador dos días después, y que el doctor Medina Ch. no devolvió el expediente sino el 21 de enero de 1933, después de vencido el término del requerimiento. Y así, con estos antecedentes, aplicando los artículos 380 y 381 del C. J., el Juez de instancia absolvió al demandado Miguel A. Muñoz de los cargos de la demanda y condenó al actor al pago de las cotas del juicio.

En el Tribunal Superior de Cali las partes no pidieron la apertura del juicio a prueba y después de oír los alegatos de las partes, el Tribunal dictó la sentencia de fecha 22 de marzo de 1934 en que, por encontrar legalmente aplicados los preceptos legales relativos a las sanciones consiguientes a un requerimiento judicial, confirmó el fallo del Juez segundo del Circuito. Uno de los magistrados salvó su voto.

Es obvio anotar que ni la sentencia del Juez de primera instancia, ni las partes durante la secuela del juicio en la segunda, ni el fallo del Tribunal, debatieron ni estudiaron el fondo del negocio que dio lugar a la litis.

Contra esta sentencia del Tribunal de Cali interpuso recurso de casación el apoderado del actor y la Corte Suprema decidió en providencia de 30 de agosto de 1934 que sí es admisible el recurso de casación contra aquel fallo, porque si bien en él no se tienen en cuenta las pruebas del proceso, resuelve en el fondo la litis con la absolución del demnadado y por otras razones que la llevaron a la conclusión de tratarse de una sentencia de segunda instancia, que es definitiva. Y allí también dice la Corte: "El recurso de casación en este caso está limitado a averiguar si el Tribunal debió aplicar o no la disposición del artículo 381 del C. J."

Motivos alegados en casación.

El recurrente aduce, en primer lugar, contra la sentencia materia del recurso, el cargo de haber violado la disposición sustantiva contenida en el artículo 381 del C. J. que considera que fue indebidamente aplicada al caso del pleito.

Entre los muchos aspectos por los cuales el recurrente analiza la aplicación que le dio el Tribunal al mencionado precepto, destaca la Corte aquel que dice relación a la manera de contar los términos judiciales, dada la importancia intrínseca de la cuestión que se plantea, y procede a examinarla, no obstante que no sea ese, sino otro, el concepto por el cual ha de casarse el fallo recurrido.

Puede sintetizarse ese primer cargo diciendo que en concepto del recurrente los términos señalados en autos no empiezan a correr sino después de la ejecutoria del auto mismo y no desde su notificación, y que si contra un auto la parte pide su reposición, dicho recurso implica la suspensión o paralización de lo previsto en el au-

to, lo torna inerte, suspende sus efectos y hace ineficaz la providencia judicial mientras se decide la reposición demandada. Dentro de este orden de ideas concluye estimando el recurrente que puesto que el término de tres días que el auto de 12 de diciembre le señaló al apoderado del demandante para devolver el expediente fue suspendido por virtud de la reposición que pidió, los tres días del requerimiento no estaban vencidos cuando el expediente fue devuelto, y como el Tribunal no lo estimó así, porque el Tribunal cuenta los términos y los tres días del requerimiento desde la notificación del auto y no desde su ejecutoria, aplicó indebidamente el artículo 381 del C. J.

La Corte para resolver, tiene que distinguir entre la manera como corren los términos procesales propiamente dichos y el modo como se cumplen los avisos, los requerimientos, las reconvenciones u otros actos análogos que una providencia ordena hacer.

Respecto de los términos procesales propiamente dichos, como son, por ejemplo, el de prueba y el de alegar, se empiezan a contar desde el día siguiente al de su notificación, por mandato expreso del artículo 366 del C. J., y mediante la constancia, para los que requieren traslado, de haberse puesto el expediente a disposición de la parte o interesado respectivo. En tal estado, y corriendo el término, si se solicita reposición, el término sigue corriendo hasta que, por mandato del artículo 350, debe el secretario pasar el expediente al despacho del juzgador. Entonces se presenta esta alternativa: O el auto es revocado y el término no tuvo lugar de correr; o el auto se mantiene y entonces el término sigue corriendo desde el día siguiente al de la notificación del nuevo auto. En este último caso, la forzada suspensión del término no se debe a la reposición solicitada, sino al hecho de sustraerse el expediente a la disposición de la parte.

La tesis opuesta, que estima que el recurso de reposición suspende por su naturaleza un término, vale tanto como derogar en absoluto el artículo 366 del C. J., porque siendo todo auto susceptible de reposición, habría que esperar a su ejecutoria, y entonces los términos que los autos conceden empezarían a contarse desde su ejecutoria y no desde la notificación de los mismos, que es lo que perentoriamente dispone el artículo 366.

Y de que mientras tanto los términos corren y los actos ordenados se cumplen a pesar del recurso de reposición, descontando, naturalmente, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse al despacho del juzgador se sustrae el expediente a la disposición de las partes, existe doctrina similar consagrada expresamente en el artículo 499 del mismo código, cuando prescribe que no se suspende la ejecución de la sentencia o auto apelado cuando haya sido concedido el recurso en el efecto devolutivo.

A la regla del artículo 366 de que todo término empieza a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede, que obedece al mismo espíritu de celeridad con que el artículo 366 del mismo código dispone que, vencido un término, debe volver el expediente al despacho con papel o sin papel sellado, no hace excepción el artículo 350, porque éste no dice que por virtud de la reposición solicitada el término deja de correr, sino que cuando el memorial de reposición se presente, el secretario espere a que transcurra el plazo durante el cual todas las partes pueden hacer uso del mismo derecho, para devolver el expediente al despacho del Juez.

De no ser así habría que concluir que el recurso de reposición no es sólo el derecho que se concede a las partes para pedir reforma o revocación de una providencia ante el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, sino un medio de actuación para que una sola de las partes modifique un término judicial y lo amplíe para su provecho unilateral, lo que es injurídico y contrario al espíritu de lealtad y de celeridad del procedimiento que inspiró la reforma procesal de 1931.

Pero puede suceder que el auto notificado contenga la orden de dar un aviso, de hacer un requerimiento, una reconvención u otro acto análogo; en este caso el artículo 325 del C. J. establece que el requerimiento se entiende surtido con la notificación del auto que lo ordena y la exhibición de los documentos que según el caso exige la ley. Entonces, si verificado el requerimiento con la notificación, el interesado pide reposición, sucede una de dos cosas: O el auto se revoca y entonces el requerimiento se da por no hecho; o se mantiene el auto y entonces el requerimiento cumplido surte todos sus efectos. De no ser así habría que concluír que, confirmado el auto tendría que volverse a verificar un segundo requerimiento.

La ninguna influencia del recurso de reposición para conseguir con él que el aviso, reconvención, requerimiento, cesión de

créditos u otro acto análogo se vuelva a practicar si el auto que las ordenó fuera mantenido (ya que, si fuere revocado, se tienen por no hechas esas diligencias), se explica porque ellas miran a las relaciones patrimoniales de las partes, las cuales, una vez cumplidas en el juicio sólo dejan de haber sido y de surtir efectos legales si el auto que las decretó primeramente fuere revocado. Pero si el auto se mantiene, el aviso, requerimiento u acto análogo consumado con la notificación del primer auto, no necesita reproducirse, es decir, volverse a practicar, para que produzca sus efectos legales.

Como se ve, no hay paridad y sí diferencia entre las simples relaciones procesales de las partes, referentes a la tramitación de un juicio, y las que durante el mismo juicio afectan su posición jurídico-patrimonial, como son los requerimientos, incluyendo entre éstos el que se hace para la devolución oportuna de los autos, ya que a la contingencia prevista en la ley de procedimiento de perder el pleito por remisas, se sometieron las partes desde la litis contestación; el recurso de reposición puede modificar o rectificar el procedimiento, pero no suspender los efectos legales de un requerimiento, ni obtener la repetición de un término dentro del cual se consumó.

Aplicando el razonamiento anterior al caso de la sentencia del Tribunal de Cali que es materia del presente recurso, se ve claro que siendo el auto de 12 de diciembre de 1932, uno de aquellos autos que ordenan hacer un requerimiento a que alude el artículo 325 del C. J., él se cumplió, quedó verificado con la notificación del mismo hecha personalmente a las partes el mismo día de su fecha; que la reposición solicitada por el requerido no suspendía el término de tres los días posteriores a la notificación, y que, consumado el requerimiento con la notificación, no es jurídico sostener que el requerido pudiera esperar con derecho un segundo requerimiento y un nuevo término en caso de que el auto no fuera revocado, como no se revocó.

No se violó por este aspecto el artículo 381 del C. J.

Empero la elucidación de si hubo o no indebida aplicación de ese precepto legal por el sentenciador, requiere que la Corte fije la interpretación y el alcance que, en su sentir, debe dársele. Además, es conveniente analizarlo, en esta primera ocasión, porque las disposiciones del título X de la Ley 105 de 1931 vinieron a sustituir con variaciones sustanciales los artículos 516 a 531 del Código Judicial anterior y por tanto la jurisprudencia establecida sobre ellos.

De las varias penas impuestas por la ley de procedimiento civil a los litigantes por la falta de devolución y por la entrega tardía de un expediente, dentro de una graduación progresiva que empieza con el artículo 379 hasta la que fija el 383, es la de mayor trascendencia para la suerte del litigio la del 381 del código citado, a cuyo estudio se concreta la Corte, considerando:

Que la demora en la devolución de un expediente, mayor de un día después de vencido el término respectivo, trae consigo la sanción de que la parte morosa pierde el derecho de volverlo a sacar de la secretaría, aun sin necesidad de solicitud de la contraparte o de los colitigantes ni de orden del Juez; el solo secretario debe aplicar en adelante esa sanción. Esa pena concurre con las que señalan los artículos posteriores al 379.

Que después de un día de demora, y según el artículo 380, a solicitud escrita de parte interesada, el Juez conmina al pago de una multa hasta de cincuenta pesos ($ 50) a la parte morosa, mediante requerimiento para que devuelva los autos dentro del tercero día, caso en el cual la multa se impone por la no devolución dentro de dicho término, contado como ya se dijo en otro lugar de este fallo.

Que si en el término de tres días de hecho el requerimiento no se devuelven los autos, el artículo 381 sanciona la renuencia con la pérdida del pleito, así se trate del demandante o del demandado, aunque con restricciones respecto del último, ya por razón de la inadmisibilidad de la prueba de confesión para ciertos hechos, ya porque la retención del expediente se verifique en la segunda instancia por parte del demandado y haya sido el actor el que apeló del fallo.

Concretándose la Corte al caso del ordinal 1º del artículo 381, que regula el caso de que sea el demandante quien retiene el expediente en cualquier estado e instancia del juicio, se observa que la ley se vale del presente de indicativo del verbo retener con relación al momento en que el Juez ha de dictar sentencia y no contempla el caso de que la parte ya haya devuelto el expediente cuando el Juez la dicta. "Si el demandante es quien retiene el expediente en cualquier estado del juicio, se dicta sentencia..." dice el ordinal 1º. El ordinal 2º usa la misma forma verbal para igual emergencia referente al demandado: "Si es el demandado... quien no devuelve el proce-

so, se dicta sentencia..." dice. Tampoco, pues, prevé el ordinal 2° el caso de que cuando el Juez dicta sentencia ya haya devuelto el proceso el demandado, y por eso, por cuanto supone que éste no ha sido devuelto todavía, ordena que para dictar el fallo se tome como base la copia de la demanda que debe existir en la oficina, precaución que sería innecesaria si la ley hubiera querido referirse al caso de que en el momento de dictarse la sentencia del Juez tenga ya a su disposición el expediente mismo.

La pérdida del pleito como pena o sanción la impone, pues, la ley al demandante o demandado que, en las ocasiones previstas por los numerales 1° y 2° del artículo 381, no hayan devuelto el proceso cuando el Juez dicta la sentencia, pero no cuando ya lo hayan devuelto en el momento de sentenciar, y en uno y otro caso, vencidos ya, es claro, los tres días posteriores al requerimiento.

La multa con que el Juez conmina a la parte renuente en el auto de requerimiento es una sanción distinta a la de pérdida del pleito, y se aplica a la parte morosa que devuelve el expediente fuera de los tres días pero antes del fallo. Con la imposición de multas se persigue una finalidad: que no haya demoras, y esa finalidad se llena con la devolución del expediente por parte del multado; la pérdida del pleito sería entonces una segunda pena contraria al principio non bis in ídem. La pérdida del pleito sanciona algo más, la contumacia del que, a pesar de la multa con que se le conminó, no ha devuelto el expediente todavía cuando el Juez dicta la sentencia, y entonces, para no imposibilitar el fallo es precisamente cuando sirve la copia de la demanda que debe existir en la oficina.

Cuando la parte devuelve el expediente antes de que el Juez dicte el fallo, los términos del juicio continúan, pero aquélla ha sido castigada tanto con no poder sacar otra vez los autos de la secretaría, según el artículo 379, como con la multa del 380, y aun con la posibilidad del pago de perjuicios si los ha causado a los otros litigantes, que prevé el 383.

Podría argüirse que la ley, así interpretada, deja en manos del Juez de la causa un cierto poder discrecional en virtud del cual es posible que se apresure a fallar el negocio antes de que la parte renuente devuelva el proceso, o al contrario, que demore el fallo más del tiempo que al efecto le señala la ley en espera de que la parte lo devuelva. Pero cabe contraobservar entonces que el Juez que dicta un fallo dentro del primer día del término que tiene al efecto, obra con la misma autoridad que si lo dicta el último día del mismo término, además de que la ley, prevalida de la imparcialidad y rectitud del Juez, en muchas ocasiones les confía la solución de delicadas situaciones en que se colocan las partes en la secuela del juicio; y a éstas les brinda recursos en derecho para corregir la actuación del Juez a quo. Tampoco se priva a las partes de la seguridad del procedimiento judicial en cuanto tienen derecho a esperar en cada oportunidad legal el respectivo pronunciamiento del Juez y a hacer uso de todos los términos y recursos procesales, porque, dentro de la interpretación que la Corte le ha dado al artículo 381 del C. J., devuelto el expediente antes de dictarse el fallo, se siguen aplicando todas las ritualidades procedimentales.

El Tribunal sentenciador no apreció este aspecto del artículo 381 del C. J. sino que lo aplicó para sancionar con la pérdida del pleito la devolución del expediente hecha antes de dictarse el fallo aunque después de vencido el término del requerimiento. En ese caso, según lo dicho, lo procedente es la multa. Por ese motivo de aplicación indebida ha de casarse el fallo por la Corte.

Infirmado el fallo acusado, corresponde pues a la Corte dictar en su lugar la resolución que corresponda, según lo dispuesto por el artículo 538 del C. J. Dice el 539 que si la Corte halla justificada alguna de las tres primeras causales del artículo 520, como es aquí el caso, decide sobre lo principal del pleito o sobre los capítulos comprendidos en la casación. Pero no versando las sentencias del Juez y del Tribunal sobre dicha cuestión principal, porque tanto el uno como el otro concretaron el estudio al incidente del requerimiento y a las consecuencias legales de la no devolución de los autos, la cuestión de fondo, no ha sido estudiada ni definida por los Jueces de instancia, ni tampoco ante la Corte, lo cual hace que para ésta lo principal del pleito, que según el artículo 539 debiera proceder a dilucidar, sea todo un hecho nuevo, no tratado por la sentencia del Tribunal, que tampoco puede serlo por primera y única vez por la Corte.

Para casos similares del Código Judicial anterior, la jurisprudencia de la Corte había resuelto que cuando se casa la sentencia del Tribunal que condena al demandante a la pérdida del pleito por no haber devuelto los autos que se le habían entregado para alegar, no obstante haber sido re-

querido para que los devolviera dentro del segundo día, la sentencia de la Corte queda reducida a resolver que no es el caso de condenar al demandante a perder los derechos o cosas demandadas por no haber demorado la devolución de los autos (casación de 28 de octubre de 1918, XXVII, 95, 3). Pero esta solución no previene cómo se llena la omisión del fallo sobre lo principal del pleito.

En otra ocasión, en sentencia de dos de marzo de 1914 G. J. tomo 24, Nº 1209, pág. 34 y ss., la Corte, por hallar deficiencia en el fallo del Tribunal, aplicó el artículo 60 de la Ley 100 de 1892, que en su primera parte era igual al 538 del C. J. vigente, interpretándolo en el sentido de que no es procedente que la Sala dicte la sentencia que sustituye a la casada, sino que deba ordenarse la devolución del expediente que sea el Tribunal el que dicte un fallo no deficiente. Dijo la Corte: "No se ofrecen más que tres excepciones al precepto de dictar el fallo que ha de reemplazar al anulado: Cuando hay inconsonancia por defecto (parte primera del artículo 61 de la Ley 100 de 1892); cuando ha habido incompetencia de jurisdicción en el Tribunal sentenciador (artículo 386 de la Ley 105 de 1890); y cuando no haya debido abstenerse el mismo Tribunal de conocer el asunto (artículo 62b de la Ley 100 de 1892). En estos casos la Sala no dicta la sentencia que sustituye a la casada. En todo lo demás, sí. Por tanto se procederá a esto último, si fuere el caso de hacerlo; mas ya se ha visto que lo que debe hacerse es la ordenación de un fallo no deficiente".

Establece el artículo 26 de la Constitución Nacional que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En vista de que no incluye el caso el artículo 381 del C. J., siendo la doctrina constitucional, en su caso, norma para interpretar las leyes, y disponiendo el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, en este caso concreto la Corte considera que debe procederse conforme al artículo 540 del C. J., a fin de que las partes tengan oportunidad de obtener sentencia sobre lo principal del pleito, para lo cual se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de su origen, entidad a la cual incumbe resolver lo que haya lugar sobre el fallo de primera instancia de acuerdo con la doctrina expresada por la Corte, y decidir además sobre lo principal del pleito.

Cuando la Corte ha dicho en esta sentencia que el Tribunal no falló sobre el fondo del litigio en la suya de 22 de marzo de 1934, entiende que la aplicación de una pena, indebidamente impuesta en este caso, no es resolver las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el libelo de demanda y en su contestación, aunque aquella sanción trajera, como trajo, una absolución de fondo. En este sentido el fallo del Tribunal se toma como definitivo, y de ahí que haya podido casarse.

En consecuencia 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: Cásase la sentencia de 22 de marzo de 1934, pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio seguido por Bensman & Linzen & Co., S. A., y posteriormente por el Banco de Londres y América del Sud, cesionario de aquélla, contra Miguel Angel Muñoz.

Segundo: Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen para los fines ya indicados.

Tercero: No hay costas en el recurso.

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

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—El Conjuez, **Emilio Ferrero.**—**Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

REIVINDICACION

Cuando los cargos hechos en casación tienden a que el litigio se solucione mediante el estudio de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos de la demanda, tales extremos constituyen medios nuevos y, por tanto, inadmisibles en casación. De acuerdo con el artículo 2.o de la Ley 56 de 1905 la información sumaria de testigos que debía presentar el ocupante material de cultivos y casas de habitación en predios baldíos, se levantaba sin perjuicio de terceros, y los artículos 30, 80 y 17 de esa ley exigían que después de expedido el título por el Gobierno se registrara, pero especialmente que subsistiera la entrega material del terreno adjudicado, para que se respetara a los terceros ocupantes; de manera que no obstante que la adjudicación se hacía al colono cultivador en el concepto de que lo era, podía haber terceros ocupantes, de igual o mejor derecho que el adjudicatario, a quienes no perjudicaba jurídicamente la adjudicación oficial, y así lo prevenía la ley en repetidos preceptos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre diez y ocho de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Hechos pertinentes en casación.

Jesús M. Valencia y Marco A. Valencia, vecinos de Belalcázar, sostienen que ellos y Julio Arango son condueños de la finca rural denominada "Cedritos", situada en dicho Distrito, en el paraje de La Habana, por haberla adquirido en virtud de títulos traslaticios de dominio que se remontan hasta el de adjudicación definitiva otorgada por el Ministerio de Obras Públicas a favor de Simón Valencia, con fecha 1º de mayo de 1912, a título de cultivador de terrenos baldíos. Y piden que después de declararse a su favor la propiedad que dichos títulos acreditan, se decrete su restitución contra Celso Castañeda, con los frutos naturales y civiles que haya podido producir la finca, ya que Castañeda la retiene indebidamente.

El demandado Castañeda afirma que él ocupó esos terrenos en calidad de baldíos, que hace once años los posee como dueño, que allí construyó casas de habitación, plantó más de nueve mil árboles de café que están en plena producción, potreros de pasto, platanales y sementeras de varias clases, y que nadie le ha intranquilizado en su posesión, salvo en junio de 1918, en que lo despojó el Alcalde de Belalcázar a petición de Manuel Agudelo y con la cooperación de Jesús Valencia, hasta 1920, en que el Poder Judicial le devolvió la posesión de la finca, y que entonces reanudó su posesión hasta la fecha.

Sentencias de instancias.

El Juzgado primero del Circuito de Anserma absuelve a Castañeda de todos los cargos de la acción reivindicatoria, y el Tribunal Superior de Manizales confirmó la sentencia el 20 de abril de 1934, sin costas.

El Tribunal estima ineficaces los títulos traslaticios de dominio alegados y presentados por los demandantes, reconoce a Castañeda como poseedor, y concluye que la presunción de dominio que como a tal lo ampara no ha sido destruída por aquellos títulos.

Consisten los reparos que el Tribunal le hace a los títulos, en que la adjudicación del Gobierno Nacional a favor de Simón Valencia, de la fecha ya indicada (1912), no está registrada, y que las hijuelas formadas en el juicio de sucesión de Valencia a favor de tradentes de los actores no están bien registradas, además de que los lotes de que hablan las hijuelas no están identificados con el terreno que se pretende reivindicar de Castañeda. Finalmente, y como ya se advirtió, considera a éste como poseedor de la finca.

Cargos de la demanda de casación.

Sotero M. Arango, cesionario de los actores, recurre en casación contra la referida sentencia del Tribunal de Manizales, y formula los cargos que en seguida se resumen:

Que la acción reivindicatoria se concede no sólo al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa (artículo 950 del C. C.), sino también, aunque no se pruebe dominio, al que ha tenido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción (artículo 951 ib.). Que en este último caso se encontraba Simón Valencia, cuyos

causahabitantes, los reivindicantes de hoy, por el hecho de quedar en su lugar con la posesión anexa a la adjudicación que se le hizo en 1912 de la finca de "Cedritos", podían continuarla según el artículo 2521 del C. C., y agregarla a la suya para ganar por prescripción lo que aquél venía poseyendo, para lo cual no necesitan ni éste ni aquéllos probar dominio con títulos inscritos, como erróneamente lo exige el Tribunal.

Por ese concepto considera violado el segundo inciso del artículo 951; el 2521, porque se niega a los causahabitantes de Valencia el derecho a continuar la posesión en que aquél venía; los artículos 756, 759, 785, 1641 y 1652, por indebida aplicación, en el sentido de que no teniendo obligación el actor de probar dominio con títulos inscritos, pretendió aplicar esas disposiciones al caso de un poseedor que habiendo perdido la posesión y estando en vía de adquirirla por prescripción no necesitaba de títulos inscritos, sino de la mera ocupación, que también es título constitutivo de dominio, por lo cual violó también directamente el artículo 765, todos del Código Civil.

Que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas sobre la posesión de Simón Valencia y de sus causahabitantes, como es, principalmente, la que emana de la resolución de adjudicación del baldío a favor de Simón Valencia, ya que para dictarla se le reconoció la posesión del terreno. Que al desestimar la prueba de la posesión anexa a la adjudicación, el Tribunal violó el artículo 778 del C. C., en el sentido de que a los sucesores de Valencia se les privó del derecho de continuar la posesión en que estaba para agregarla a la que ellos empezaban, buscando adquirir el dominio por prescripción, o solicitar su registro, o una nueva adjudicación como colonos; que así se les desconoció el derecho de heredar, no el dominio, sino la posesión en que estaba Simón, por lo cual resultan indirectamente infringidos los artículos 783, 1012 y 1013 del C. C., que no permiten que a la vez fuera reconocido poseedor Celso Castañeda.

Que a la luz del artículo 752 del mismo Código, los títulos traslaticios aducidos por los demandantes, cuando menos daban lugar a la transferencia a título de venta de la posesión en que estaba el causante Simón, porque de no hay que concluír que sólo el derecho de dominio es transmisible, pero no la posesión, de manera que ese precepto también fue infringido.

Que los aludidos títulos que los actores presentaron, prueban también la tradición de la posesión, de donde resultan también violados los artículos 1857 y 756 del C. C., ya que la venta de bienes raíces y de una sucesión hereditaria, se reputa perfecta ante la ley mediante el otorgamiento de la escritura pública. Y como esas escrituras están registradas (no se refiere el recurrente a las hijuelas ni a la resolución de adjudicación del baldío), el Tribunal dejó de aplicar el artículo 630 del C. J.

Que dentro de la segunda causal de casación, puede también estimarse que la posesión anexa a la adjudicación del baldío, aun sin el registro, podía transmitirse por causa de muerte, y poner a los herederos en capacidad de añadir a su posesión heredada, la del causante, sin necesidad de los títulos registrados que echa menos el Tribunal en los presentados por los demandantes. El recurrente no concluyo cómo esta reflexión puede ocasionar la causal de casación segunda.

Estudio de los cargos.

Los referidos cargos tienden a que el litigio se solucione mediante el estudio de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos de la demanda, y constituyen, por consiguiente, motivos nuevos en casación. En efecto, en la demanda, el actor afirma que él es propietario de la finca de "Cedritos" en virtud de una serie de títulos traslaticios de dominio, cuyo primer eslabón es la resolución de adjudicación definitiva expedida por el Gobierno Nacional el 1º de mayo de 1912 a favor de Simón Valencia y que termina con la venta que Manuel Agudelo le hizo a los demandantes Jesús María y Marco A. Valencia por medio de la escritura Nº 155, otorgada en la Notaría de Belalcázar el 24 de junio de 1918. En cambio, en el recurso de casación, el actor recurrente dice que la acción ejercitada es la que corresponde al que, sin intención de probar el dominio, ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción. La acción ejercitada en el libelo, debatida en el juicio, y juzgada en la sentencia, fue la de dominio en el caso de los artículos 946 y 950 del C. C., y posiblemente del artículo 971, pues allí no se afirma con claridad si el actor considera al demandado Castañeda como poseedor o como tenedor; la acción a que el recurso se refiere es también de revindicación, pero la que concede la ley, por medio del artículo 951, no ya al propietario sino al poseedor regular de la cosa que se hallaba en el caso

de poderla ganar por prescripción. La diferencia es sustancial en uno y otro caso: porque en el segundo, el poseedor regular no es todavía propietario, aunque con el transcurso del tiempo pueda llegar a serlo mediante la prescripción, y el poseedor regular no alcanza a reivindicar contra el verdadero dueño, ni contra el que posee con igual o mejor derecho (inciso del artículo 951 del C. C.); y al contrario, el que ya es propietario puede reivindicar contra el poseedor regular que trata de hacerse dueño por prescripción ordinaria. Esta última fue la acción incoada en el presente juicio y la que el juzgador tuvo en cuenta para fallar el litigio; no es posible admitir ahora en casación que se juzgue la sentencia a la luz de preceptos que no era el caso de que el Tribunal los aplicara y cambiar así la posición jurídica que asumieron las partes en el curso del juicio consecuentes con la demanda y en atención a la cual presentaron o dejaron de presentar pruebas de los hechos en que estimaban apoyado su derecho.

De acuerdo con la intención de la demanda el juzgador analizó los títulos traslaticios de dominio que presentó el actor y su registro, y enfrentó a éstos la posesión material que le reconoció el demandado, para concluir, como concluyó, que aquéllos son ineficaces para destruir la presunción de dominio establecida en favor del poseedor Castañeda por el artículo 762 del C. C. Los diversos razonamientos aducidos por el Tribunal sentenciador para sentar aquellas afirmaciones, para estimar ineficaces los títulos, y para absolver al demandado por estimarlo poseedor y, por lo tanto, para reputarlo dueño, no han sido atacados siquiera por el recurrente, y son suficientes para sostener el fallo. Si el recurrente estima que la acción ejercitada es la del artículo 951 y no la de los 946, 950 y 971 del C. C., debió empezar por mostrar error de hecho evidente en la apreciación del libelo de demanda, en virtud del cual se incurriera en el de derecho consiguiente a la falta de aplicación del artículo 951, y, ello establecido, señalar las pruebas que demuestren que los antecesores de Jesús M. y Marco A. Valencia, fueron poseedores de la finca, que perdieron esa posesión y que estaban en vía de ganar el dominio por prescripción.

Basta lo dicho para desechar el recurso. Pero en atención a que el recurrente, dentro de su erróneo intento de juzgar el fallo acusado a la luz del artículo 951 del C. C., afirma que el Tribunal no tuvo en cuenta la posesión de la finca por parte de Simón Valencia cuando se la adjudicó el Gobierno Nacional, y que incurrió en error de hecho al no ver en la adjudicación una necesaria posesión de lo adjudicado, la Corte aclara:

Posiblemente el recurrente ha querido sugerir que conforme a leyes vigentes en la época de la adjudicación que se hizo a Simón Valencia a título de cultivador en 1912, que eran las anteriores al actual Código Fiscal, el cual entró a regir el 1º de abril de 1913, Valencia debió ser ocupante material de los cultivos y casas de habitación y de acuerdo con el artículo 2º de la ley 56 de 1905 debió acreditarlo así sumariamente, con tres testimonios, ante el Gobierno, y que esa calidad de ocupante, asimilada a posesión, iba implícitamente reconocida por el Gobierno en la resolución de adjudicación.

Así debió ser, puesto que el estudio de la información de testigos es requisito previo que el Gobierno tenía en cuenta para decretar la adjudicación. Pero olvida el recurrente que esa información sumaria de testigos se levanta sin perjuicio de terceros y que siendo el demandado Castañeda un tercero, es preciso demostrar en juicio, con su audiencia, aquella ocupación que Valencia pudo entonces tener y que en su tiempo acreditó ante el Gobierno. Y olvida también el recurrente que las leyes entonces vigentes exigían que después de expedido el título por el Gobierno (artículos 3º y 9º y 17 de la Ley 56 de 1905), éste se registrara, pero especialmente que subsiguiera la entrega material del terreno adjudicado, para que se respetara a los terceros ocupantes; "la entrega se haría de manera que no se vulnere derecho ajeno de tercero" (artículo 2º de la citada ley, Decreto Ejecutivo Nº 832 de 11 de octubre de 1884, 932 del Código Fiscal de 1873, Ley 48 de 1882). De manera que no obstante que la adjudicación se hacía al colono cultivador en el concepto de que lo era, podía haber terceros ocupantes, de igual o mejor derecho que el adjudicatario, a quienes no perjudicaba jurídicamente la adjudicación oficial, y así lo prevenía la ley en repetidos preceptos.

Ahora bien, el demandado Celso Castañeda afirma desde que contestó la demanda, que él entró a ocupar esas tierras en el concepto de ser baldías, que taló la montaña virgen, que construyó casas de habitación, plantó cafetales y sementeras, y que ha estado en constante posesión, salvo de 1918 a 1920, en que fue lanzado por el Alcalde de Belalcázar, y luégo el Poder Judicial le devolvió la posesión en 1920. Castañeda ha asumido pues la posición de un

tercero poseedor de la tierra que se le reclama, como colono cultivador, a quien no podía perjudicarle la adjudicación de Valencia, y dice también que como a Valencia no se le hizo la entrega material ordenada por el artículo 932 del Código Fiscal de 1873, no tuvo ocasión de mostrarse como tercero a quien la autoridad hubiera amparado entonces. Esa posición jurídica que Castañeda ha asumido en el juicio no ha sido ni desmentida ni desvirtuada por los demandantes. Y siendo Castañeda cultivador de tierras baldías, allí establecido con casa y labranza, sementeras y plantaciones, debe ser considerado poseedor de buena fe y amparado como tal (artículos entonces vigentes 2º y 4º Ley 48 de 1882, 762 del C. C., Ley 56 de 1905, artículo 79 C. F. vigente).

Por este aspecto también es intocable el fallo.

Cabe observar al Tribunal sentenciador, y de oficio lo hace la Corte, que en este litigio debió tenerse como parte al Agente del Ministerio Público (artículo 80, C. F.).

Por lo dicho, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Manizales el 20 de abril de 1934.

Sin costas, por no haberse causado en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese 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 pdad.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN RECURSO DE CASACION

Como la providencia por la cual se decreta o niega la oposición a un juicio divisorio de bienes comunes se sustancia como auto interlocutorio ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 1741 del Código Judicial, el recurso de casación intentado contra el auto del Tribunal en este caso no es susceptible de ser considerado en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica.

Naturaleza del pleito.

El hoy recurrente Bernardino Roa demandó, en asocio de Francisco A. Figueroa, el 4 de noviembre de 1927, ante el Juzgado 2º del Circuito de Cali, la división material del predio conocido con los nombres de "Aguablanca", "Salinas" y "El Llano de la Ciudad de Cali", mediante el procedimiento que se establece en el Capítulo IV del Título XI del Libro II del Código Judicial derogado.

Los demandantes indicaron como condueños a las personas naturales que el libelo designa y al Municipio de Cali.

Motivos

Por la circunstancia de que durante este pleito, como se verá luégo, ha habido dos legislaciones sucesivas reguladoras del procedimiento civil, y a causa de la naturaleza de la acción incoada, se hace necesario considerar ante todo la competencia de la Corte para conocer de este asunto, problema suscitado por el conflicto en el tiempo de los dos cuerpos de normas procedimentales que sucesivamente reglamentaron el litigio.

Debido a que la mayor parte de los demandados se opusieron a la demanda, el Juzgado ordenó, el 28 de febrero de 1931, que se siguiera un juicio ordinario por todos sus trámites, de acuerdo con el artículo 1297 del Código Judicial vigente ese día. (Cuaderno 1, folio 137 vuelto).

El 13 de septiembre de 1932, el Juzgado decretó la división solicitada. (Cuaderno 1, folios 149 vuelto, 150 y 151).

Contra esa providencia, algunos de los demandados oportunamente interpusieron recurso de apelación, el cual les fue concedido. Cuando el expediente, por tal motivo, llegó a conocimiento del Tribunal Superior de Cali, éste dio al juicio la tramitación prevenida para la segunda instancia de un juicio ordinario en el Parágrafo 2º del Ca-

pítulo II del Título XVIII del Libro II del actual Código Judicial.

El Tribunal con fecha 20 de abril de 1934, falló en el sentido de revocar la decisión del inferior y negó en su lugar la división material demandada.

Se observa, pues, que tanto la providencia final del Juzgado, como la del Tribunal Superior, fueron dictadas bajo la vigencia del actual Código Judicial, y además, que el recurso de apelación se tramitó conforme se establece en esta obra para la segunda instancia de los juicios ordinarios de mayor cuantía.

Es claro que los referidos órganos jurisdiccionales profirieron sus sentencias cuando estaba vigente una ley que regulaba en parte esencial, de manera distinta a la derogada, las tramitaciones, tanto de los juicios de división de bienes comunes, como los de los recursos concedidos contra las consiguientes decisiones.

El proceso es un hecho jurídico complejo producido por una serie de actos que se realizan en diferentes intervalos y que se llevan a cabo, ya por las partes, bien por el órgano público. De ahí el doble aspecto de un proceso civil: formal en cuanto es realización de la norma adjetiva o rituaria que acondiciona las distintas actividades dichas, para alcanzar la finalidad perseguida; substancial, en cuanto el desarrollo de esas actividades ha conducido a la realización de todos los derechos subjetivos incoados, sea que ellos provengan de la realización inmediata de la relación jurídico-procesal, o directamente de la acción sustantiva ejercitada.

Por este motivo es muy importante la distinción que se hace entre los actos o los hechos de las partes, de un lado, y de otro, las actividades propias del Juez. Los primeros son gobernados por la ley vigente el día que se realizaron; las segundas están sujetas a las normas de derecho público sucesivas, hasta el día en que la sentencia haya puesto fin al proceso.

Cuando el Juez adoptó para el juicio actual el procedimiento ordinario y ordenó abrirlo a prueba, actuaba bajo el imperio legal del Código Judicial hoy derogado, que así lo disponía. Los actos llevados a cabo por las partes en cumplimiento de esa providencia, son inobjetables, y debían surtir todos sus efectos, aun cuando en el momento de entrar a regir el actual Código Judicial todavía no estuviera vencido el plazo para aducir las pruebas. (Artículo 1228 ibídem).

No acontece lo mismo con las sentencias dictadas por el Juez y el Tribunal. Estas, en cuanto a su forma, sus efectos y la autoridad legal de que quedan revestidas, se rigen por el artículo 1141 de la Ley 105 de 1931. La sentencia es el acto procedimental asignado por excelencia al Juez. La actividad de éste encuentra precisamente su término en la sentencia. En sistemas procedimentales como el nuestro, el Juez, para la preparación de los elementos que han de fundamentar su fallo, no tiene iniciativa propia de importancia, pero le está reservado, como función específica, la decisión final.

Sería un error invocar la circunstancia de que la relación jurídico-procesal se estableció aquí cuando la vigencia del Código Judicial derogado. La Corte en su sentencia del 27 de agosto de 1935, hizo un análisis de esa relación y le negó el carácter de contrato o cuasi-contrato.

Además, es necesario no confundir, porque son cosas radicalmente distintas, la acción como poder para amparar y garantizar derechos subjetivos y las reglas o formalidades procesales establecidas para su ejercicio. (Artículo 40 de la Ley 153 de 1887).

En el primer sentido, la acción, que es por su naturaleza autónoma e independiente del derecho subjetivo al cual inhiere, mira el fondo mismo de éste, y por lo tanto, obedece a las mismas reglas relativas al derecho privado, o sea las vigentes en el momento de crearse la correspondiente situación jurídica. En el segundo sentido, la acción queda sometida a la actuación inmediata de la ley nueva.

La razón en virtud de la cual una ley posterior no puede reformar las condiciones o los efectos de un fallo pronunciado bajo la vigencia de una ley que después se ha derogado, es la de que la sentencia precisamente pone fin a la actividad del Juez, como expresión que aquélla es de ésta.

Y no sería verdad que el fallo termine el litigio, si una ley nueva pudiese reformar las condiciones o los efectos de aquél.

El juicio de división de bienes comunes, tanto en el procedimiento antiguo como en el actual, tiene dos momentos perfectamente definidos y distintos. En el primero, el Juez decide si conforme a lo dispuesto en el Código Civil, decreta o no la división. En el segundo momento, el Juez aprueba o imprueba la partición.

Al primero de los momentos dichos, ambos códigos han dado tramitación diferente. El derogado no exigía la prueba, con la

demanda, de la calidad de comunero, y ordenaba, en caso de oposición, tramitar ésta como juicio ordinario. La sentencia que decidía esta cuestión producía los efectos prevenidos en el artículo 831 de esa obra. El vigente establece un procedimiento especial para el caso de oposición y a la providencia que lo resuelve le da expresamente el carácter de auto interlocutorio. "El recurso de apelación contra el auto del Juez que decreta o deniega la división, se sustancia por el superior como de auto interlocutorio, y se falla por éste en Sala de Decisión, si es un Tribunal".

En este pleito, el Juez 2º del Circuito de Cali, manifestó en su fallo que los efectos de éste se regulaban por las normas del Código Judicial derogado, a causa de la tramitación como de juicio ordinario dada al asunto. El Tribunal Superior de Cali actuó la apelación de la providencia considerándola como si hubiera puesto fin a la primera instancia de un juicio ordinario. Las partes no objetaron en forma alguna esas actuaciones.

Esos antecedentes no bastan para que la Corte pueda dar a la providencia acusada alcance distinto del prevenido en el artículo 1141, transcrito antes.

En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el Juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal, o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla dispositiva procesal; v. g., prorrogar un término no perentorio.

Según el artículo 734 del Código Judicial, el procedimiento ordinario 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. El actual pleito se inició por la vía que el Código Judicial derogado tenía establecida para la división material de bienes comunes. La tramitación de juicio ordinario, que en cierto estado del proceso se siguió dando a éste, no significa que el acto jurisdiccional que decidió la oposición tenga la fuerza que expresamente le daba el artículo 1297 del Código anterior, porque, a causa de todas las razones expuestas, los efectos, la forma y la autoridad legal de la providencia que puso término a la oposición, se regula por el artículo 1141 del Código Judicial actual, que era el vigente el día que se profirió.

Consecuencialmente es también la ley vigente el día que la sentencia se pronunció, o sea, en este caso, la Ley 105 de 1931, la competente para definir los recursos de que el fallo es susceptible, en virtud de que la admisibilidad de un recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma.

El ordinal 2º del artículo 519 del Código Judicial, abre la vía del recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, entre otras, que no son pertinentes, a las siguientes que sí lo son: las pronunciadas en juicios ordinarios o que asuman este carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes.

Se ha demostrado que no cambia la naturaleza de auto interlocutorio dada por el artículo 1141 del Código Judicial a la providencia que en este pleito dictó el Tribunal, por el hecho de haber sido ella culminación de un procedimiento ilegal, y que el juicio de división de bienes comunes nunca asume el carácter de juicio ordinario bajo el imperio de la Ley 105 de 1931. Por lo tanto la providencia acusada carece de las características procesales necesarias para poder ser considerada en casación.

Ahora bien. El artículo 148 del Código Judicial define como usurpación de jurisdicción la falta de competencia para conocer del asunto, y además la ley sanciona con la nulidad del juicio la incompetencia de jurisdicción, la cual es improrrogable en este caso. En la secuela del presente recurso, la Corte ha incurrido en esa nulidad.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º No es susceptible de ser considerado en casación, por falta de jurisdicción de la Corte para ello, el auto que el 20 de abril de 1934 pronunció el Tribunal Superior de Cali en este juicio especial de división material de bienes comunes;

2º Declárase nulo todo lo actuado en el recurso, y, en consecuencia;

3º Las costas que haya erogado el opositor por razón del recurso, son de cargo, por mitad, de los Magistrados que suscribieron el auto de admisibilidad del mismo y del recurrente. Tásense.

Cópiese, publíquese, notifíquese e 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 ppdad.

IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES

Con el fin de asegurar la imparcialidad de los jueces y de mantener el prestigio de la justicia, establece el código judicial ciertas causas que obligan al juzgador a manifestarse impedido y que autorizan a las partes para recusar al funcionario que calla su impedimento. Las causales estriban generalmente en cuatro motivos: AFECTO, INTERES, ODIO y AMOR PROPIO DEL JUEZ. El nuevo código judicial (1931) introdujo a la anterior legislación dos reformas de grande importancia, encaminadas una y otra a garantizar el prestigio y la imparcialidad de quienes administran justicia: suprime en ciertos casos la calificación previa, por otro juez, de la legalidad del impedimento, sin que sea dable discutir la exactitud de los hechos que lo constituyen, y establece que el silencio de la parte a quien interese directamente la separación del funcionario impedido, no se traduzca como señal de allanamiento sino como negativa a la prórroga de jurisdicción. Los impedimentos legales son siempre unos mismos, tome la iniciativa de exponerlos el juzgador o tómela el litigante a quien interese la separación. Lo importante es que exista impedimento fundado en causa legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo civil.—Bogotá, doce de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por escritura número 198, de 10 de marzo de 1925, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Cocuy, Rosa María Hurtado Villamarín, mujer viuda de Ascensión Moreno, cedió "en clase de venta real y efectiva", o sea a título oneroso, a Romualdo Torres, "los derechos y acciones que a título de gananciales, herencia y porción conyugal, tiene, le corresponden o puedan corresponderle en la sucesión testada o sin testar y sin liquidar, judicialmente, de su finado esposo Ascensión Moreno, quien falleció en el municipio de El Espino en esta provincia..." (folio 1).

Romualdo Torres, como cesionario de Rosa María Hurtado Villamarín, promovió demanda el 21 de septiembre de 1927, ante el juzgado del circuito de Cocuy, para que José Isaac Carreño fuera condenado a pagar "a la sociedad conyugal formada por Ascensión Moreno y Rosa María Hurtado Villamarín la suma de seis mil pesos oro ($ 6,000.00) de capital, y los intereses de esta suma, a razón del 1% mensual, desde el día nueve de febrero de mil novecientos veinticinco en adelante, hasta que verifique el pago correspondiente, en conformidad con lo estipulado en el documento privado que el demandado le firmó a don Ascensión Moreno, en esa ciudad, (la de Cocuy), el nueve de febrero de mil novecientos veinticuatro (folio 9).

Tres años después, el 15 de octubre de 1930, fue fallado este negocio en primera instancia (folio 70 vuelta).

Carreño fue condenado a pagar a la sociedad conyugal de Moreno y de Hurtado Villamarín, disuelta por la muerte del primero, la cantidad de $ 6,000.00, con sus intereses convencionales, "previa deducción de tres mil pesos ($ 3,000.00) y sus intereses, que pertenecían al socio muerto Ascensión Moreno, que le fueron cubiertos por el deudor Carreño L. a su legítimo representante Gregorio Moreno, en su condición de único y universal heredero y albacea testamentario" (folio 75 vuelta).

El demandado apeló de esta sentencia (folio 76).

El juicio llegó al tribunal superior de Santa Rosa de Viterbo el 11 de marzo de 1931 (folio 170), y aunque, terminada la tramitación de segunda instancia, entró a despacho para fallar el 1º de octubre del mismo año, (folio 199 vuelta), la sentencia no fue pronunciada sino varios años más

tarde, el 5 de junio de 1934 (folio 202).

Este fallo consta de 33 páginas, 18 de las cuales fueron destinadas a reproducir piezas del proceso. La corte aprovecha esta oportunidad para hacer notar que tal costumbre, tan generalizada en los tribunales de la república, pues es muy rara la sentencia que no incorpora textualmente multitud de pasajes tomados de los autos, impone trabajo indebido a los subalternos, agrava los gastos de las partes y es indicio de que por pereza mental se ahorran los juzgadores el esfuerzo de extractar o resumir.

El tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en la sentencia aludida, condenó al demandado Carreño a pagar a la sociedad conyugal disuelta de Moreno y Hurtado Villamarín, la cantidad de $ 6,000.00 con sus intereses al 1% mensual desde el 9 de febrero de 1927 hasta el día en que se efectúe el pago.

Carreño interpuso recurso de casación (folio 221).

La primera causal alegada por el recurrente, a que éste da suma importancia, pues presenta las demás como subsidiarias, consiste en el motivo 5º del artículo 520 del código judicial, esto es, en "haber concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo procedente".

Fúndase esta causal en ciertas ocurrencias relacionadas con la intervención del magistrado Antonio Córdoba M., mandatario judicial del actor en la segunda instancia.

El doctor Daniel Sánchez B. sustituyó en el doctor Antonio Córdoba M. el poder que a aquél había conferido Romualdo Torres (folio 172).

El doctor Córdoba M. aceptó la sustitución y fue reconocido como sustituto por auto del tribunal, fechado el 18 de marzo de 1931 (folio 172 vuelta).

Y en su carácter de apoderado de Romualdo Torres alegó de conclusión, ante el tribunal de Santa Rosa de Viterbo, en escrito fechado el 11 de junio de 1931 (folio 182).

Cuando el negocio se hallaba a despacho para fallar, entró a ejercer la magistratura el doctor Córdoba M.

El 10 de abril de 1934, varios años después de hallarse el negocio a despacho para sentencia, informó el secretario del tribunal, en escrito dirigido al magistrado sustanciador, que al pasar al doctor Córdoba M. el proyecto de resolución definitiva, manifestó este doctor, al pie del citado proyecto, hallarse impedido para formar parte de la sala de decisión, a causa de haber sido apoderado judicial de Romualdo Torres, demandante en el juicio (folio 199).

El magistrado sustanciador dictó un auto el 11 de abril de 1934, en que luégo de reconocer que el impedimento expresado por el doctor Córdoba M. es inallanable, declaró legal la expresada causal y dispuso que el proyecto de resolución pasara al magistrado de turno, con quien declaró integrada la sala (folio 199 vuelta).

Este auto fue notificado el 13 de los mismos mes y año (folio 200).

El 20 de abril manifestó el secretario al señor magistrado ponente que el auto sobre calificación del impedimento no había sido firmado por el otro miembro de la sala de decisión, a causa de un descuido de la secretaría (folio 200).

Con base en este informe, el magistrado ponente, en providencia fechada el mismo 20 de abril, declaró que aquel auto de calificación carecía de valor legal, retrotrajo la tramitación y dispuso que antes de fallar sobre la causal expuesta por el doctor Córdoba M., se pusiera ésta en conocimiento de las partes (folio 200).

La notificación de este auto se hizo el 24 de los mismos (folio 200 vuelta).

El 4 de mayo volvió el juicio a despacho del magistrado ponente, con el informe de que las partes guardaron silencio sobre la causal manifestada por el doctor Córdoba M. (folio 200 vuelta).

El magistrado ponente y el otro magistrado no impedido declararon, por auto de 4 de mayo, que no era el caso de retirar al doctor Córdoba M. del conocimiento de este negocio, "comoquiera que la causal de impedimento por él alegada, no está erigida como tál en el código judicial vigente" (folio 201 vuelta).

La notificación de este auto se hizo el 16 de mayo (folio 201 vuelta).

Y el 5 de junio siguiente apareció la sentencia de segunda instancia, suscrita por el magistrado ponente, por su aludido compañero de sala y por el doctor Antonio Córdoba M.

En vista de estos antecedentes, el mandatario del recurrente señala como violados, por modo directo, los artículos 435 (en sus ordinales 3º y 5º), 437, 438 y 439 del código judicial.

La corte considera:

Con el fin de asegurar la imparcialidad de los jueces y de mantener el prestigio de la justicia, establece el código judicial ciertas causas que obligan al juzgador a manifestarse impedido y que autorizan a las partes para recusar al funcionario que ca-

lla su impedimento. No es ésta una creación de la ley colombiana. Los códigos de todos los países reconocen causales de impedimento y de recusación que estriban generalmente, como lo observa Mattirolo, en cuatro motivos: afecto, interés, odio y amor propio del juez. Tienen base tan racional los impedimentos y las recusaciones, que se los halla reglamentados desde el derecho romano, en donde hubo época de tánta amplitud que podía obtenerse el apartamiento del magistrado aún sin expresar la causa que moviera al recusador. En el derecho español (Fuero Juzgo, Fuero Real y Las Partidas) se halla también esta institución creada y desarrollada en amplios términos. No hay duda, pues, de que el derecho colombiano tiene en esta materia las más hondas raíces y los más dilatados antecedentes.

El código de 1931, si bien no extendió demasiado las causas de separación, temerosos sus autores de que a falta de una lista taxativa quedara abierto el campo a la arbitrariedad y a la malicia, no hay duda de que introdujo a la anterior legislación dos reformas de grande importancia, encaminadas una y otra a garantizar el prestigio y la imparcialidad de quienes administran justicia.

La primera de esas reformas consiste en que si el impedimento no es allanable, o si la parte a quien interese conocerlo no se ha apersonado aún en el juicio, debe disponerse en el mismo auto que se pase el proceso a quien corresponda conocer del asunto, sin que para ello sea necesaria la calificación previa, por otro juez, de la legalidad del impedimento, y sin que sea dable discutir la exactitud de los hechos que lo constituyan, con lo cual se gana en celeridad y se evita el que las partes ofendan al juzgador impedido alegando que son mentirosos los motivos por él puestos de presente.

La segunda de esas reformas consiste en que el silencio de la parte a quien interese directamente la separación del funcionario impedido, no se traduzca como señal de allanamiento sino como negativa a la prórroga de jurisdicción. Defiéndense así, conjuntamente, los derechos del litigante y el buen nombre de quienes administran justicia.

Cuando al doctor Antonio Córdoba M. fue a entregársele el proyecto de sentencia hecho por el magistrado ponente, ha debido manifestar su impedimento exponiendo en un auto el hecho que lo constituye. No hizo él su exposición en un auto, como lo prescribe el artículo 437 del código judicial, pero sí cumplió con su deber moral manifestando, al pie del proyecto, que se hallaba impedido para formar parte de la sala de decisión por haber patrocinado como mandatario judicial a una de las partes.

El haber omitido ese auto no significa que el doctor Córdoba M. se abstuviera de exponer la causal de su impedimento. Al fin y al cabo, aunque en forma irregular, declaró por escrito hallarse incapacitado, por causa legítima, para conocer de un negocio en que llevó la representación del actor.

El auto del magistrado ponente, en que califica de legal dicho motivo, fue innocuo totalmente como calificación no exigida en este caso por la ley, pero resultó eficaz como medio de poner en conocimiento de las partes la causal manifestada por el magistrado Córdoba M. Fue así como el auto destinado a calificar un impedimento hizo las veces del que debió dictar el impedido para exponer el hecho en que el impedimento se fundaba.

Por su calidad de antiguo apoderado, concurrían en el doctor Córdoba M. varias de las causas legítimas consagradas por el artículo 435 del código judicial: tenía interés en el pleito, si no económico por lo menos intelectual o profesional; había sido apoderado de una de las partes; había favorecido al demandante en el negocio que es materia del pleito. De estos tres impedimentos, el primero y el último son inallanables.

A los motivos apuntados pudiera agregarse algún otro de filosofía procesal: si el juzgador no puede tener cierto parentesco con el apoderado de alguna de las partes, menos aún podrá ser él mismo en persona dicho "apoderado", aunque esté mal traído este vocablo en el ordinal 5º del susodicho artículo.

Por ser inallanable el impedimento manifestado por el doctor Córdoba M., no había para qué calificarlo. Sin embargo, el tribunal entró en esa calificación por medio de un auto fechado el 4 de mayo de 1934, en que luégo de citar como apoyo de su doctrina a algún comentador del código, observa "que para encontrar la concordancia y espíritu del citado artículo 435 del C. J., en su numeral 5º, debe suprimirse de él la palabra apoderado y sustituírla por la palabra adoptado, que sin duda alguna fue la que se propuso estampar el legislador, ya que no puede menos que notarse un error al decir "adoptante o apoderado", y esto se robustece más si se atiende a que el comentador ya nombrado dice también, hablando de la causal de impedimento anotada, que en cambio se suprimió la de haber figurado como apoderado o patrón de una de las partes en el mismo juicio".

A todo lo cual observa la corte que admitiendo el error tipográfico de que habla el

tribunal, la calidad de apoderado es impedimento por razón de otros preceptos ya aludidos. También ha de tenerse en cuenta que la manifestación hecha por el doctor Córdoba M., al pie del proyecto de sentencia, puede comprender varias causales de impedimento, y que ni aún las allanables fueron nunca allanadas. Guardó silencio la parte a quien interesaba directamente la separación del funcionario.

En la demanda de casación invoca el recurrente, como motivo del recurso, el "haber concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo procedente", motivo que aparece consignado en el artículo 520, ordinal 5º, del código judicial.

La corte halla justificada la causal aducida como principal, y se abstiene, por lo mismo, de considerar las restantes.

Aunque en este juicio no ha habido recusación de ningún magistrado, sino que el impedido manifestó espontáneamente su impedimento, estima la corte que el recurso procede como si la parte demandada hubiera puesto tacha al doctor Córdoba M. Así lo cree, porque los impedimentos legales son siempre unos mismos, tome la iniciativa de exponerlos el juzgador o tómela el litigante a quien interese la separación. Lo importante es que exista impedimento fundado en causa legal. Al existir, debe el juez exponerlo; si no lo expone, puede denunciarlo la parte interesada. Pero no hay causas legítimas de impedimento y además causas legítimas de recusación. Las razones de sangre, parentesco civil, interés, afecto, odio, amor propio, dependencia, comunidad, etc., etc., son razones rigurosamente objetivas, como materia de impedimento espontáneo del juez o de recusación voluntaria de la parte interesada.

Este motivo de casación, no enumerado por la ley 169 de 1896, se halla en legislaciones extranjeras y lo adoptó el nuevo código judicial de Colombia, con sobrado acierto, por tratarse de una irregularidad tan grave como la de firmar la sentencia un magistrado de cuya imparcialidad pueda dudarse por cualquiera de las causales apuntadas. No sería jurídico aceptar el motivo cuando hay recusación y desecharlo cuando hay manifestación de impedimento. En el fondo las dos cosas son una misma. Lo sustancial es la causa. El origen de la denuncia, oficial o privado, es algo enteramente adjetivo.

En el presente negocio fue desestimada una causa legal de impedimento.

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,

Falla:

Primero.—Cásase la sentencia proferida en este juicio por el tribunal superior de Santa Rosa de Viterbo, con fecha 5 de junio de 1934.

Segundo.—Este juicio queda en estado de dictar sentencia de segunda instancia.

Tercero.—Vuelvan los autos al tribunal de su origen, para que dicte nuevo fallo.

Cuarto.—En un libro especial se dejará por la secretaría del tribunal de Santa Rosa de Viterbo, testimonio de la demora en que, para presentar proyecto de sentencia, parece haber incurrido el señor magistrado ponente, y ese testimonio será mostrado al funcionario que haga la visita, para los fines señalados por el artículo 187 del código judicial.

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.

DEMANDA PARA QUE SE DECLARE TERMINADA UNA ASOCIACION Y PARA OTRAS PRESTACIONES, Y SUBSIDIARIA SOBRE RENDICION DE CUENTAS



El gestor, el socio administrador, el mandatario, al igual del guardador, del agente oficioso, del albacea, en una palabra, quien administra lo ajeno por cualquier causa, están en la obligación, nacida del hecho mismo de administrar lo ajeno, de rendir cuenta justificada y documentada, en lo posible. El artículo 46 del C. C° establece indivisibilidad para la fe probatoria de los libros de comercio, de suerte que el litigante que aceptare en lo favorable los de su adversario está obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que contengan. El no poner nada en común de que habla el artículo 2081 del C. C. se refiere a la estipulación, no a la materialidad del aporte. Sólo en los contratos reales es necesaria la entrega para su perfeccionamiento y existencia. En el de sociedad la estipulación de poner algo en común basta para obligar a ello.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En libelo repartido el 16 de abril de 1926 al Juzgado 2° del Circuito de Cali, pide el señor Alfonso Vallejo G. que, previos los trámites de la vía ordinaria, con audiencia del señor Ezequiel Hoyos, ambos de esa vecindad, se declare: 1° Está terminada la "asociación o sociedad de hecho o cuentas en participación" que existió entre ellos para el negocio de compraventa de azúcar de que trata el documento suscrito por ambos en esa ciudad el 20 de agosto de 1924; 2° Es correcta la cuenta de liquidación de ese negocio presentada por él en su demanda y con pérdida de $ 11,477.82; 3° Tal pérdida afecta por igual a demandante y a demandado; 4° Este debe a aquél la mitad de este saldo; 5° Se lo debe, además, con el mayor interés corriente, que es el 1¼% mensual, desde el 20 de septiembre de 1925 hasta el pago, y 6° Debe ser Hoyos condenado en costas si afronta la litis.

El demandado contrademandó a su demandante para que, "en el caso improbable de que llegare a prosperar la acción por él ejercitada", la sentencia lo condene a rendir cuenta del negocio de venta de la azúcar aludida y le fije término para presentar esa cuenta comprobada debidamente. La contrademanda es de 30 de septiembre de 1927 (Cdno. 1°, folio 23).

El Juzgado sentenció el 26 de noviembre de 1932, condenando a Hoyos a pagar a Vallejo los referidos $ 5,738.91 con el mayor interés corriente, liquidado a la rata comercial, desde el 20 de septiembre de 1925, y declarando "disuelta la asociación o sociedad que existió" entre ellos conforme al citado documento. A esto simplemente agregó el Juzgado: "Con costas".

Habiendo apelado Hoyos, el Tribunal de Cali decidió, el 7 de febrero de 1934, confirmando la sentencia del Juzgado, con la adición de absolver a Vallejo de los cargos de la contrademanda y de declarar infundadas las excepciones opuestas a ésta y a la demanda principal.

Es llegada la oportunidad de decidir el recurso de casación que Hoyos interpuso contra ese fallo y que se ha sustanciado debidamente.

Para la claridad del relato mismo y apreciaciones que han de hacerse, conviene trascribir el documento privado base del pleito que, según acuerdo de las partes, aunque no indica lugar, suscribieron ellas en Cali. Dice:

"Conste por el presente que Alfonso Vallejo G. vende a la sociedad de Hoyos y Vallejo G. una cantidad de diez mil arrobas de azúcar (10,000) de buena calidad, de 98° de polarización y color amarillo, mate o blanca, a razón de $ 13.20 el saco de cien libras inglesas. El precio citado incluye todos los gastos y costos de cualquier naturaleza hasta el desembarque en el muelle de Buenaventura, incluyendo derechos de aduana. Que la sociedad pagará a Alfonso Vallejo G. la suma de treinta y tres mil pesos moneda corriente ($ 33,000) en cuanto la azúcar esté debidamente desembarcada en el muelle de Buenaventura. Que toda clase de fletes que haya que pagar por convenir movilizar la azúcar a otros lugares, inclusive a Cali, serán por cuenta de la sociedad. Que la sociedad reconocerá una comisión de 2½% a Vallejo G. sobre todas las ventas efectuadas por medio de sus agentes en Buenaventura y demás ciudades o sitios en donde pueda o convenga ser enviada la azúcar. Que lo realizado por ventas después de haber des-

contado los fletes y la comisión de que se trata será repartido entre los socios Hoyos y Vallejo G. por partes enteramente iguales. Que Alfonso Vallejo G. no cargará ningún interés sobre el capital ya invertido o sobre lo que se necesite emplear en el negocio, y que Hoyos tampoco cargará intereses sobre la parte del dinero que él va a aportar en el negocio. Que durante el vigor del presente negocio, o sea hasta la total terminación de la realización del artículo, ninguno de los socios, ni separada ni conjuntamente a otra persona, podrán entrar en importación de azúcar sino mediante permiso dado por escrito el uno al otro. Que en esta misma forma pueden entrar en un nuevo pedido del artículo si así les conviniere. En constancia, firmamos dos ejemplares de un mismo tenor ante dos testigos hábiles, a los veinte días del mes de agosto de mil novecientos veinticuatro (1924). Firmados, Ezequiel Hoyos. Alfonso Vallejo. Testigo, Alfonso Correa H. Testigo, Isaac Berrío".

Las partes han contendido, ante todo, sobre si este documento expresa uno o más contratos y cuáles. Fue compraventa y sociedad? Fue sólo lo uno o lo otro? Si fue sociedad, ¿lo fue de hecho o cuentas en participación? Fue mandato?

No es necesario absolver este cuestionario para establecer que la rendición de cuentas por el señor Vallejo es obligación ineludible, siendo así que él exclusivamente, o, por mejor decir, sin intervención del señor Hoyos, gestionó y dirigió la operación o conjunto de operaciones referidas en el documento, desde la formulación del pedido del azúcar al extranjero, y recibo de ese artículo en Colombia, hasta su realización aquí. El mismo señor Vallejo expresamente reconoce haber asumido tal obligación, según se ve en el alegato suscrito por él, dirigido al Juzgado de primera instancia, en el que al pie del folio 30 vuelto del cuaderno 1° se lee: "La obligación que yo tenía de rendir cuentas es indiscutible". Y esto lo declara inmediatamente después de haber dicho: "En el documento de 20 de agosto se establece claramente que yo bajo mi responsabilidad, ya directamente, ya por medio de mis agentes, ejecutaré las operaciones de venta".

Como se ve, en cualquiera de los supuestos antedichos, era indiscutible en ley, y así lo reconoce el señor Vallejo, la obligación suya de rendir cuentas.

Estas sencillas y breves reflexiones se anticipan con el fin de obedecer los arts. 537 y 538 del C. J., según los cuales la Corte debe ordenar lógicamente los cargos y, en hallando fundado uno, sin llegar a considerar los restantes, dictar la resolución que corresponda.

Por este camino se llega a acoger el cargo que al respecto hace el recurrente, de apreciación errónea de pruebas y consiguiente violación de la ley sustantiva. En efecto: el Tribunal acoge como pleno cumplimiento de esa obligación el mero hecho de que la copia de la cuenta presentada con la demanda inicial (Cno. 1°, folios 1 a 4) coincide con los asientos respectivos del libro Mayor del mismo señor Vallejo estudiados y copiados en la inspección ocular de 19 de octubre de 1928 (Cdno. 3°, folios 45 y 46), y de que los peritos conceptuaron que esta contabilidad estaba llevada satisfactoriamente.

La completa coincidencia partida por partida de lo que reza el documento traído ab initio por el demandante y lo que sus libros indican, lo único que acredita es la fidelidad de la copia; pero no reviste la cuenta copiada de la calidad legal de cuenta documentada y justificada. El gestor, el socio administrador, el mandatario, al igual del guardador, del agente oficioso, del albacea, en una palabra, quien administra lo ajeno por cualquier causa, está en la obligación, nacida del hecho mismo de administrar lo ajeno, de rendir cuenta justificada y documentada, en lo posible. Lógicamente, la ley lleva este deber hasta imponerlo al heredero beneficiario, ante los acreedores del difunto, en cuanto excepcione con este beneficio.

Así las cosas, como en verdad lo son, la Corte encuentra justificado el cargo que el recurrente hace de violación de las disposiciones legales pertinentes, trátese en este caso —dice él— de comisión o mandato, trátese de sociedad o de participación: arts. 2106 y 2181 del C. C. y 383, 537, 540, 623 y 633 del C. de C.

Comprobates de partidas de la cuenta en referencia no se hallan en el proceso, salvo los que encabezan el cuaderno 3°, mero comienzo o parte de la labor de documentar y justificar, puesto que acreditan sólo la expedición de bultos de azúcar de Buenaventura a Cali y estación Isaacs y recibo y acarreo de bultos de azúcar enviados por el señor Vallejo, en lugar no indicado en los respectivos apuntes y que otros claramente dicen Cali. Todo en septiembre de 1924. Como queda dicho, al aducir Vallejo estos elementos probatorios apenas inicia o desempeña una parte de su labor justificadora de su cuenta.

Lo dicho hasta aquí conduce a acoger el cargo de violación de las disposiciones lega-

les sustantivas citadas al efecto por el recurrente, de las cuales, en guarda de la precisión legalmente necesaria, es de señalarse, como las pertinentes al respecto, el art. 2106 del C. C., ya que la Corte, por las razones que se expresarán adelante, conceptúa que fue de sociedad el contrato celebrado al tenor del referido documento de 20 de agosto por los actuales litigantes, esto es, que entre ellos existió una sociedad de hecho.

A primera vista y atendiendo el art. 538 del C. J., pudiera parecer innecesario y hasta indebido entrar en estudio de nuevo cargo, acogido éste y siendo ello lo necesario y suficiente en ley para casar un fallo. Con todo, por lo que se verá en seguida, la íntima conexión que con él tiene lo atañedero al art. 48 del C. Co. impone la consideración y estudio de este otro cargo, que en rigor es complemento obligado de aquél.

El recurrente acusa al Tribunal de haberlo aplicado indebidamente. Así lo estima la Corte, porque efectivamente, Hoyos no se colocó ni por ende se halla en el caso contemplado y reglamentado por ese art. 48.

Establece él indivisibilidad para la fe probatoria de los libros de comercio, de suerte que el litigante que aceptare en lo favorable los de su adversario está obligado a pasar por todas las enunciaciones perjudiciales que contengan. El Tribunal invoca esa fe indivisible como fundamento de su concepto sobre rendición legal de cuentas por Vallejo, trayendo el recuerdo de que en la respectiva inspección ocular se halló que los libros de éste están legalmente llevados y que esa copia es fiel, partida por partida. Y ello es que Hoyos no invocó ni aceptó esos libros para lo que le favoreciese.

La solicitud de exhibición que hizo en primera instancia y que, a pesar de la oposición de Vallejo, llegó a la diligencia de 28 de noviembre de 1928 (Cdno. 4º, folios 10 vuelto y 11), tuvo el preciso objeto determinado en el memorial inicial de ese incidente (fols. 1 y 2 ibidem), muy distinto de aquél, cual era el de acreditar que el negocio había sido iniciativa y obra exclusiva de Vallejo, punto de vista sostenido por Hoyos a lo largo del pleito y aún desde antes, a juzgar por las citadas posiciones de 1º de febrero de 1926.

Aunque estos hechos son suficientes para hacer ver cómo Hoyos no se colocó —repítese— en el caso del art. 48, no sobrará agregar, así sea para más completa información de cómo se procedió al respecto, que ese acto fue sólo el comienzo de una diligencia y que todo aquello que entonces se anunció para cuando, en nuevo día y hora, se concluyese, no se realizó a la postre, a pesar de la insistencia de Hoyos, la que no tuvo más resultados que sucesivos señalamientos no coronados, ninguno por la práctica de la prueba pedida: tal hacen ver los memoriales y autos de folios 12 a 18 del cuaderno 4º citado.

Y cuando, con igual falta de resultado, Hoyos solicitó esa prueba en segunda instancia, formuló un memorial (Cdno. 8º, folios 1 y 2), que confirma lo antedicho sobre finalidad de su procedimiento relativo a exhibición de ciertos libros de Vallejo, finalidad muy claramente distinta a la que sería precisa a la luz del art. 48 en referencia para conceptuar a Hoyos bajo esta disposición.

A fin de evitar posibles confusiones, se anota que la diligencia de que se viene hablando es distinta de aquella en que se conceptuó por los peritos que los libros de Vallejo están llevados legalmente y en que se copiaron los asientos del mayor en lo relativo al negocio del azúcar y se acreditó así la completa fidelidad o exactitud de la copia de la cuenta o resumen presentada por él con su libelo inicial. Esta otra diligencia se practicó en primera instancia el 19 de octubre de 1928 a petición de Vallejo y forma los folios 45 y 46 del cuaderno 3º

En suma: Vallejo quedó obligado a rendir cuenta, y debiendo ésta ser documentada y no habiéndose aducido los comprobantes, sin embargo de esto el Tribunal, en la forma aquí expuesta, acogió como cuenta satisfactoria el resumen o copia que él presentó con su demanda e hizo las condenaciones pedidas por él a cargo de Hoyos y acogibles sólo en cuanto aquella base hubiese sido establecida legalmente, y al propio tiempo negó la acción de cuentas ejercitada por Hoyos en su reconvención. Así violó la sentencia recurrida los arts. 2106 del C. C. y 48 del C. Co.

Acogidos los cargos expresados, debe casarse la sentencia recurrida. Y como ellos, relativos todos a la acción de cuentas y a la deficiencia de la cuenta presentada, se relacionan, tanto con la demanda principal como con la de reconvención, la casación comprende una y otra. En efecto, la contrademanda es el ejercicio de la acción de cuentas por Hoyos, y la demanda pide, sobre el reconocimiento que la cuenta presentada por Vallejo es cuenta efectiva, que se hagan a favor de este señor y a cargo de aquél ciertas condenaciones; y el Tribunal falla haciéndolas, reputando cuenta legalmente satisfactoria la que no lo es, negando por lo mismo la referida acción de Hoyos.

Para dictar la sentencia de instancia que ha de reemplazar la recurrida, se considera:

a) Las partes, que discuerdan hasta si contrataron y, caso afirmativo, si fueron varios o uno solo sus contratos y cuál o cuáles, están acordes sobre que la operación o conjunto de operaciones a que se refiere su documento transcrito y tántas veces citado terminaron por completo.

Declararlo así, que es la primera de las súplicas de la demanda principal, ha de ser, en el fallo, una simple deducción o acogida de lo que ellas reconocen.

b) Las restantes súplicas de la demanda principal no pueden prosperar, salvo la de ser de ambos por igual el saldo definitivo; pues versan sobre declaración de que la cuenta presentada en copia por ella es satisfactoria en ley y sobre condenación al pago del saldo que ella arroja, con intereses desde fecha cuya fijación, de paso sea dicho, no se sabe por qué sea la que el demandante indica y Juez y Tribunal acogen.

Si la cuenta no está aún documentada ni justificada, y si el concepto sobre estar bien llevados los libros de contabilidad del señor Vallejo y la demostración de cabal coincidencia de la copia presentada por él y lo que al respecto indica el libro mayor, no pueden reputarse como la efectiva justificación de esa cuenta, se impone deducir de ahí que no puede declararse esa cuenta presentada por él, como él pide que se conceptúe y califique, ni pueden hacerse condenaciones para las cuales includiblemente, como punto de partida o base, será precisa esa declaración, imposible dentro de este proceso, como queda tántas veces dicho.

c) Con las mismas sencillas consideraciones por fundamento, debe accederse a lo que la contrademanda pide, que no es otra cosa que el deber del señor Vallejo, cuyo cumplimiento se ha echado menos aquí, de rendir la referida cuenta justificada. Claro es que si ella, una vez rendida y aprobada, con o sin discusión previa, con o sin intervención del Poder Judicial, arroja saldo a favor del señor Vallejo, para hacerlo efectivo le asistirán las acciones y vías legales correspondientes; y que otro tanto sucederá para con el señor Hoyos, si ese saldo le fuere favorable. Se habla en esta forma incierta, que abarca una y otra de las dos contingencias, por el hecho de ignorarse hoy cuál sea ese resultado, siendo así que, legalmente hablando, no hay cuenta aún. Y así es el caso de conceptuar en virtud de esa ignorancia actual, por más que la circunstancia de estarse en el presente pleito y haberlo incoado Vallejo, lleve a colegir que el negocio de que procede o que a éste ha dado lugar tuvo un resultado adverso, muy distinto, por lo mismo, de la fuente de utilidades a que se refirió exclusivamente la previsión de quienes suscribieron el trascrito y tántas veces citado documento de 20 de agosto.

ch) Cuanto manifiesta el párrafo precedente, a más de otros conceptos expuestos aquí, indica que la Corte estima vinculados entre sí a los actuales litigantes por obra de lo que consignó bajo la firma de uno y otro el documento que acaba de volverse a citar.

En efecto: aún sin necesidad de discriminar y establecer lo tocante a denominación del contrato allí puesto por escrito, porque, por lo dicho ya, cualquiera que ese contrato sea, no es de su nombre, sino del hecho inequívoco de haber sido el señor Vallejo exclusivamente quien gestionó todas las operaciones aludidas, de donde nace la obligación en que él se halla de rendir cuentas.

d) Pero ocurre, lógicamente, preguntar: ¿por qué ha de rendirlas y a qué título al señor Hoyos y cuál es la vinculación existente entre los dos, que da a éste derecho y que impone a aquél ese deber?

La respuesta es sencilla: la da ante todo el C. C. en sus arts. 1602 y 1603, según los cuales todo contrato debe ejecutarse de buena fe, como ley que es para los contratantes, sin que pueda invalidarse sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Vallejo y Hoyos contrataron tal como reza el citado documento de 20 de agosto, y no hay causas legales que invaliden lo contratado por ellos entonces, con plena capacidad de ambos debidamente manifestada sobre lo que el documento reza y con el objeto lícito allí indicado. Tampoco hay consentimiento mutuo que invalide ese pacto. Hoyos afirma haberse separado de él y haber propuesto se reemplazase el documento por otro cuyo borrador o minuta trajo el proceso (Cdno. 3º, folio 57) y manifiesta que se abrió (son sus palabras) porque vio que no le convenía y porque sus abogados le advirtieron que el documento hablaba de una sociedad que no existía (Hoyos & Vallejo). Pero esto, que tan sólo indica el deseo de él de retirar la voluntad que había puesto, requeriría que otro tanto sobre retiro de voluntad ocurriese por parte de Vallejo, ya por ocurrir a éste de suyo igual deseo y manifestación, ya por acceder a lo que Hoyos vino a ver o desear después de haber contratado y firmado. Y si como algo faltó al respecto fue cabalmente eso por parte de Vallejo, es claro que no media ese consentimiento mutuo que como posible

fuente de invalidación establece el citado art. 1602.

e) El juzgador, que no puede perderse en conjeturas, sino decidir por lo que la ley mande y cada proceso acredite debidamente, no tiene por qué detenerse a indagar algo tan extraño al pleito en sí y a su decisión, a que debe concretarse, como lo sería en el presente caso el saber si Vallejo por de pronto, en la certeza de que el negocio sería lucrativo, aceptó in pectore el retiro de Hoyos y prescindió de éste y del documento, y por eso fue por lo que sólo al cabo de tiempo relativamente largo vino a recordar, ya cambiada esa esperanza de ganancia por una pérdida efectiva, que Hoyos podía aliviársela llevando parte de la carga; o si a la verdad hubo insistencia de Vallejo, como éste afirma y aquí no consta, en todo ese tiempo, sobre Hoyos para el cumplimiento de lo pactado y atendió él solo (Vallejo) a cuantos pagos ocurrieron por honrar su firma en negocios que para ante terceros eran exclusivamente suyos.

De otro lado, el tiempo transcurrido entre el documento (agosto 20 de 1924) y los comienzos de 1925 a que corresponde la presentación de la demanda (abril 16) y la absolución de las posiciones previas acompañadas a ella (1º de febrero) que son la primera gestión o reclamo acreditados en autos, no es un lapso cuya longitud enervara por prescripción (excepción, por otra parte, no alegada siquiera) las posibles acciones de Vallejo, o que confirme la sugestión de que éste hubiera tomado para sí la totalidad de la ganancia, si la hubiera habido, acerca de lo cual hay preguntas de Hoyos a Vallejo en posiciones, como puede verse en el cuaderno 3º, folio 55 vuelto.

Cabe advertir que la mera abstención y silencio, suponiendo que lo hubiese, de Vallejo en todo ese tiempo, ni implica abandono ni, como se dijo, extinción de sus derechos, aunque a la verdad no hubo requerimiento judicial para el pago a que el documento obligó a Hoyos, sin señalar término para hacerlo, como no lo señaló para la entrega o llegada del azúcar ni para realizarla.

f) Las partes y, con ellas Juzgado y Tribunal, se han detenido y discurrido sobre la clase de contrato o contratos celebrados entre los actuales litigantes al tenor del documento de 20 de agosto. El hecho cardinal y protuberante de haber tomado interés en pie de igualdad conjuntamente Ezequiel Hoyos y Alfonso Vallejo en el negocio que el documento describe, impone la decisión. El documento así lo expresa claramente; Vallejo así lo sostiene a lo largo de este litigio, y limitando la afirmación a lo judicial, desde el levantamiento de las posiciones preparatorias, y el mismo Hoyos, si bien dice haberse separado del negocio a renglón seguido de haberlo celebrado y suscrito ese comprobante, no se entendió libre de sus compromisos por ese hecho, sino que, por el contrario, tánto se reconoció obligado a pesar de esas protestas, que mantuvo, según sus propias palabras, listo el dinero asignado para el primer pago que en razón del contrato había de ocurrir, al punto de no haberlo retirado del Banco sino dos años después. Así dice al respecto la pregunta primera y la cuarta del cuadro de posiciones del folio 8º del cuaderno 1º Incurre en error de cómputo al afirmar que en el Banco había tenido listo ese dinero por más de dos años, a tiempo que declarabs haberlo retirado pocos días antes, y que así habla al absolver posiciones el primero de febrero de 1926, siendo de 20 de agosto de 1924 el contrato. Pero este detalle no infirma el hecho sobre el cual se llama aquí la atención en relación con la permanencia de su voluntad con marcada posterioridad a su declaración de abrirse, a la que en el curso de este pleito ha pretendido asignar calidad de separación efectiva y consumada y erigir, mediante la supuesta tácita afirmación de Vallejo en ese mutuo consentimiento a que se refiere el citado art. 1602.

g) El documento da por existente la sociedad entre los dos, al punto de que junta los apellidos con el signo de etcétera (Hoyos & Vallejo) con que se ha dado en suplantar entre nosotros la "y" en las razones sociales, cual si en castellano se necesitase la abreviación que ese signo implica en otros idiomas, de ellos el inglés, que ocurre citar ahora especialmente, por ser de él de donde proviene la corruptela. Se trae a cuento este detalle, al parecer insignificante, porque hace ver con suma claridad cómo, porqué y para qué concurrieron el 20 de agosto de 1924 las voluntades de las dos personas que hoy se entredemandan. Al suscribir el documento de ese día, en que, para remover o prevenir toda duda sobre su ánimo, emplearon varias veces la palabra sociedad, establecieron que esa voluntad (la de ambos) era emprender y afrontar conjuntamente los dos y por igual entre sí el negocio del azúcar en aquél descrito, poniendo en común el fondo allí determinado. Y esto es lo que por sociedad entiende y define el art. 2079 del C. C.

h) Contra el concepto de que lo contratado fue sociedad se ha invocado el concepto del art. 2081 de ese código y la circunstancia de no haber puesto nada el señor Hoyos. Pero esta interpretación es errónea, en cuan-

to atribuye a esta disposición un sentido y alcance que no tiene, pues ella se refiere a cuando efectivamente nada se pacta poner en común, de suerte que ocurriría enriquecimiento sin causa, ya de quien así fuera a recibir utilidades, ya de quienes, así, fuesen a disminuir sus pérdidas por compartirlas inmotivadamente aquél.

El no poner nada en común de que habla el art. 2081 se refiere a la estipulación, no a la materialidad del aporte. Sólo en los contratos reales la entrega es necesaria para su perfeccionamiento y existencia. En el de sociedad la estipulación de poner algo en común basta para obligar a ello. Tanto no es aquél el sentido de esta disposición, que el art. 2127 del mismo código reglamenta el caso de faltarse a la promesa de poner lo prometido, a lo que no atendería como allí lo hace, autorizando a los demás para dar la sociedad por disuelta, si no partiese del supuesto de que hay sociedad, de que efectivamente, aún sin realizarse la materialidad del aporte, la ha habido.

De otro lado, el art. 2083 de la misma obra atiende al caso de que de hecho se forme una sociedad que no puede subsistir como tál, ni como contrato alguno, y sin embargo, de eso llama socio a cada una de las personas que se encuentran en el caso y a cada una atribuye el derecho de pedir la liquidación de las operaciones realizadas.

Por donde se ve que, aún en ese extremo, esto es, aún no pudiendo subsistir lo pactado como contrato alguno, la ley, guardándose de cerrar los ojos a la realidad de lo sucedido, faculta para esa liquidación.

Estas consideraciones concurren a confirmar las ya expuestas sobre liquidación y, por ende, sobre rendición de cuentas y también el concepto de que entre los actuales litigantes lo que existió fue una sociedad de hecho, que no otra cosa pudo ser lo convenido por ellos en el citado documento de 20 de agosto, ya que, según dicho art. 2079, la sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común para repartirse las ganancias o pérdidas resultantes.

El traspaso hecho por el señor Alfonso Vallejo al señor José María Vallejo (Cdno. principal, folio 85), en nada atañe a la presente sentencia en sí, y por eso no se ha tomado aquí en consideración.

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 de Cali en este pleito el siete de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar, revocando la de primera instancia, declara:

1º Está terminado el contrato celebrado por Alfonso Vallejo G. y Ezequiel Hoyos, al tenor del documento privado que ellos suscribieron en Cali el veinte de agosto de mil novecientos veinticuatro, y a cada uno de ellos afecta por mitad el saldo definitivo que arroje la liquidación de ese contrato.

2º Se absuelve al señor Hoyos de los demás cargos de la demanda principal.

3º El señor Alfonso Vallejo G. está obligado a rendir al señor Ezequiel Hoyos cuenta, documentada en sus partidas importantes del negocio sobre el cual versa el citado documento privado. El saldo definitivo que arroje tal cuenta es al que se refiere el punto primero de este fallo.

No hay lugar a costas en el presente recurso ni en las instancias.

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.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICIOS. CANCELACION DE HIPOTECA. CUANDO QUEDAN SIN EFECTO LOS CONTRATOS. EFECTOS DE LA RESOLUCION Y DE LA CESACION. PAGO CON SUBROGACION

La ponderación que hace el tribunal de los indicios, para juzgarlos graves y concordantes, entra en el juicio ponderativo que es de su resorte. Debe diferenciarse el fenómeno de la cancelación de las demás declaraciones que puedan hacerse en el mismo instrumento en que se cancela un gravamen hipotecario. Un contrato válidamente celebrado puede quedar sin efecto por distintas causas que no se identifican ni con la declaración de nulidad propiamente tal, o nulidad absoluta, ni con la de rescisión, o nulidad relativa. Estas causas pueden consistir, si son voluntarias, en el querer de una parte, o en el de varias partes, o en el de todas las partes, o en el de un tercero ajeno del contrato, o en el de una parte y un tercero.—Diferencia entre resolución y cesación.—Contratos de tracto sucesivo.—La ficción jurídica en virtud de la cual se admite algo que no es cierto y se niega existencia a algo que realmente vivió, no puede aplicarse rigurosamente cuando durante el contrato resuelto nacieron para terceros derechos de los que la ley respeta o cuando el fallo resolutorio se refiere a convenciones complejas.—Legal o convencional, la SUBROGACION se opera juntamente con el pago. No antes ni después.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, veintiséis de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por escritura número 1767, de 2 de agosto de 1919, otorgada en la notaría primera del circuito de Medellín, José Vicente Restrepo E. y Antonio J. López se constituyeron deudores solidarios de Ruperto Uribe S., por la cantidad de $ 2,000.00 en oro inglés amonedado, que de éste recibieron en mutuo a interés, al tipo del uno y cuarto por ciento mensual. El capital sería restituído al vencimiento de un año contado desde la fecha del contrato y los intereses serían satisfechos por mensualidades vencidas.

Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, los deudores constituyeron en favor del acreedor derecho de prenda sobre varios inmuebles, entre los cuales figura el que se determina así:

"Una casa de tapias y tejas, con sus mejoras y anexidades, situada en esta ciudad (Medellín), y que linda: por el frente, con la carrera de Abejorral; por el norte, con propiedad de Ricardo Zapata, hoy de Mercedes Robledo; por el sur, con propiedad de Emilia Villa, hoy de Julio Correa y la Casa de Asilo; y por el oriente, con predio de Esmaragdo Rodríguez, hoy de Castor Arango" (cuaderno Nº 2, folio 4).

Por escritura número 2661, de 2 de noviembre de 1920, otorgada en la notaría primera del circuito de Medellín, el acreedor Ruperto Uribe S. hizo esta declaración:

"Que por escritura número mil setecientos sesenta y siete (1767), otorgada en esta notaría el dos (2) de agosto de mil novecientos diez y nueve (1919), los señores José Vicente Restrepo E. y Antonio J. López se constituyeron sus deudores solidarios por la cantidad de dos mil pesos ($ 2,000.00) oro inglés amonedado, a interés del uno y cuarto por ciento mensual, con plazo de un año y garantizando el crédito con hipoteca de un inmueble y en los remanentes de otro, situados en esta ciudad; y que habiendo cumplido los deudores con las obligaciones consignadas en dicha escritura, el otorgante la declara sin fuerza y cancelada" (cuaderno Nº 2, folio 6).

En la copia de la escritura últimamente citada aparece esta certificación:

"Certifico: Que el dinero con que hice esta cancelación lo recibí del señor Jesús A. Monsalve porque, según operación verificada entre éste y el señor José Vicente Restrepo E., el primero se comprometió a hacer la cancelación. Medellín, marzo 16 de 1925. Ruperto Uribe S." (cuaderno Nº 2, folio 6 vuelta).

Por escritura número 1769, de 4 de junio de 1926, otorgada en la notaría 2ª del circuito de Medellín, Ruperto Uribe S. hizo esta declaración:

"Que el crédito hipotecario constante en la escritura número mil setecientos sesenta y siete (1767), de dos (2) de agosto de mil novecientos diez y nueve (1919), de la notaría primera de este circuito, por la cual los señores José Vicente Restrepo E. y Antonio J. López se constituyeron sus deudores solidarios por la cantidad de dos mil pesos oro ($ 2,000.00) y sus intereses, al uno y cuarto por ciento mensual (1¼%), le fue pagado a nombre del codeudor señor Restrepo E., por el señor Jesús A. Monsalve, el dos (2) de noviembre de mil novecientos veinte (1920), con los intereses corridos de junio a octubre de mil novecientos veín-

te (1920), según ya lo hizo constar en nota que puso al pie de la escritura de cancelación número dos mil seiscientos sesenta y uno (2661), de dos de noviembre de mil novecientos veinte (1920), de la notaría primera de este circuito, advirtiendo que los intereses anteriores a junio de mil novecientos veinte (1920) le habían sido pagados por Restrepo E. y López. Que en virtud de tal pago, Jesús A. Monsalve debió quedar subrogado en los derechos en el expresado crédito hipotecario; pero que el otorgante Uribe S. no responde de la solvencia presente ni futura de los deudores y salva toda responsabilidad".

El pago hecho por Jesús A. Monsalve a Ruperto Uribe S., de que tratan una escritura y una certificación ya conocidas, obedeció a lo siguiente:

Por escritura número 2515, de 4 de octubre de 1919, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Medellín, Antonio J. López y Jesús A. Monsalve vendieron a José V. Restrepo E. un inmueble en la cantidad de $ 9,000.00. El comprador Restrepo E. pagó a uno de los vendedores, Monsalve, la cantidad de $ 3,000.00 imputables al precio total, transmitiéndole el inmueble situado en Medellín, en la calle de Abejorral, que se ha delimitado ya. Y como dicho inmueble estaba gravado con hipoteca a favor de Uribe S., para garantizar el pago de $ 2,000.00, Monsalve se obligó a obtener con dinero suyo la cancelación de tal gravamen. Compréndese, por tanto, que las partes estimaron en $ 5,000.00 el inmueble objeto de la dación (cuaderno Nº 1º, folio 11).

. . . . .

Por libelo fechado el 29 de noviembre de 1930, muerto ya Restrepo E., Monsalve demandó en juicio ordinario a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida que constituyó el finado con su cónyuge Celsa Julia Palacio de Restrepo, y a la sucesión, también ilíquida, del primero, para que se hiciesen las declaraciones que en seguida se extractan:

Primera.—La de que la sociedad conyugal de Restrepo E. y Palacio y la sucesión de Restrepo E. deben pagar al demandante la cantidad de $ 2,000.00;

Segunda.—La de que las mismas sociedad y sucesión deben pagar al mismo demandante los intereses devengados por la cantidad a que se refiere la anterior declaración, desde el día 4 de junio de 1920 hasta aquel en que se efectúe el pago, y a los tipos pactados en la escritura número 1767, de 2 de agosto de 1919, otorgada en la notaría primera del circuito de Medellín, por la cual José Vicente Restrepo E. y Antonio J. López se constituyeron deudores solidarios de Ruperto Uribe S., y

Tercera.—La sobre condenación en costas (cuaderno Nº 1º, folio 1).

Entre los hechos fundamentales de la demanda conviene destacar, en resumen también, los siguientes:

a).—El de que Monsalve obtuvo de Uribe S. la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre el inmueble recibido en pago, entregando a este acreedor la cantidad de $ 2,000.00 con sus intereses pendientes el 2 de noviembre de 1920;

b).—El de que por demanda fechada el 31 de junio de 1921, Restrepo E. pidió la resolución del contrato de compraventa celebrado por dicho señor, como comprador, y por López y Monsalve como vendedores, contrato perfeccionado por medio de la escritura número 2515, de 4 de octubre de 1919, y

c).—El de que el juicio promovido por Restrepo E. terminó por sentencia sobre resolución del contrato de compraventa, proferida el 18 de septiembre de 1923 por el tribunal de Medellín.

Efectivamente, como lo afirma Monsalve, el tribunal declaró resuelta la compraventa; dispuso que las cosas volvieran al estado en que se hallaban al tiempo de celebrarse el contrato, y, entre otras cosas, que en el presente negocio no interesa conocer, ordenó que Monsalve entregara a Restrepo E. el inmueble situado en Medellín, en la carrera de Abejorral, objeto de la dación a que se refiere la escritura en que consta el contrato resuelto.

Monsalve dice que restituyó a Restrepo E. el inmueble recibido de éste y que el pago ejecutivo sobre cobro de perjuicios, a que también fue condenado, cursa ante algún juez de Medellín. Uno de los demandados (cuaderno 1º, folio 6 vuelta) negó que Monsalve hubiera cumplido sus obligaciones, y otros siete demandados (cuaderno Nº 1º, folio 13) eludieron la respuesta a las afirmaciones que sobre este punto hizo Monsalve.

Cinco razones aduce Monsalve como fundamento de su demanda: el fallo del Tribunal que ordenó volver las cosas al estado en que se hallaban en el momento de celebrarse la compraventa; el derecho que asiste al poseedor vencido para que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, entre las cuales deben contarse, según el demandante, las que se hagan en orden a obtener que éste queda

libre de hipoteca; la transmisión de los derechos del acreedor al tercero que habiendo comprado un inmueble, es obligado a pagar a quien el inmueble está hipotecado; la acción del que paga una deuda ajena a un acreedor que ha suprimido o cancelado su título, para intentar contra el deudor las acciones del acreedor, y, finalmente, "la equidad, la moral y la razón, que, con prescindencia de toda ley escrita, me reconocen el derecho que reclamo".

Por sentencia fechada el 28 de noviembre de 1932, el juzgado 1º, en lo civil, del circuito de Medellín, condenó a la sociedad conyugal disuelta de Restrepo E. y Palacio, y a la sucesión de aquél, a pagar a Monsalve la cantidad de $ 2.000.00 con sus intereses liquidados desde el 4 de junio de 1920 hasta el día en que se efectúe el pago, a razón del uno y cuarto por ciento mensual (cuaderno Nº 1, folio 15).

El tribunal de Medellín, por sentencia fechada el 7 de junio de 1934, confirmó el fallo de primera instancia (cuaderno Nº 1, folio 40 vuelta).

El mandatario de los demandados interpuso recurso de casación contra la sentencia del tribunal (cuaderno Nº 1, folio 46).

El recurrente alegó estas causales:

1ª—Violación del artículo 666 del código judicial, "por aplicación indebida y por interpretación errónea, pues el tribunal consideró como plena prueba circunstancias que no son indicios, o que si lo son, no son graves, precisos y conexos entre sí de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido".

2ª—Violación del artículo 1759 del código civil, porque el tribunal, al apreciar la escritura número 2651, de 2 de noviembre de 1920, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Medellín, por la cual Ruperto Uribe S. declaró cancelada la hipoteca por haber cumplido los deudores con sus obligaciones, el tribunal, se repite, "despreció la prueba directa de que Restrepo hizo el pago..."

3ª—Violación del artículo 1760 del código civil, concordado con el artículo 2457 de la misma obra, porque debiendo en este caso constar la cancelación de la hipoteca por escritura pública, "para saberse quién hizo el pago, debe atenerse a la escritura, porque es en ella, y sólo en ella, donde se debe contar quién hizo el pago de una hipoteca... El tribunal no podía contar con otra prueba que la escritura de cancelación respectiva, porque para la cancelación y demás pormenores de ella la ley exige escritura pública... Aquí, para cancelar la hipoteca, la ley exige la solemnidad de la escritura; luego si no existía esta escritura —donde consta naturalmente quién hizo el pago— no podía recurrir el tribunal a prueba indicial para averiguar quién lo hizo... Una de dos: o el tribunal da por existente la escritura de cancelación, o no. Si lo primero, a ella debe atenerse rigurosamente para saber quién lo hizo (los deudores, o sea José Vicente Restrepo y otro, que no es Monsalve). Y entonces, viene la primera causal alegada (la segunda en el orden que lleva este resumen). Si lo segundo, no pudo recurrir a indicios para reemplazar una escritura que debe existir por mandato legal. Y surge la causal alegada actualmente".

4ª—Violación de los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887 y del artículo 1764 del código civil, porque el tribunal, luégo de confesar que no existe prueba directa de que el demandante Monsalve hiciera el pago, aceptó que con prueba no escrita se demuestra una deuda mayor de quinientos pesos, por lo cual, al hacer esfuerzos imposibles de lógica para formar indicios, creó una prueba de su propia apreciación para establecer la de una obligación mayor de la cantidad expresada.

5ª—Violación del artículo 1617 del código civil, por varios conceptos: a).—Porque en el fallo se supone la existencia de una tasa convencional aplicable a la condenación de intereses, cuando los intereses a que podría haber lugar en este caso, suponiendo el pago del principal, no estarían sometidos a una convención sino a la ley, lo cual significa que "esta infracción es por aplicación directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea"; b).—Por haberse aplicado una tasa de interés convencional, no habiendo convención aplicable al caso, y c). Porque se condenó al pago de intereses en que no hubo ni pudo haber mora, pues, "se condenó al pago de intereses en relación con un tiempo anterior a la sentencia de resolución y anterior a la restitución que el señor Monsalve ha debido hacer del inmueble".

6ª—Violación del artículo 935 del código civil, porque "aplicando dicha disposición en armonía con el artículo 1617 del código civil se ve que no puede haber mora en el pago de las expensas necesarias sino después de dictada la sentencia de resolución y después de que se haya hecho la restitución del inmueble en que se invirtieron las expensas".

7ª—Violación de los artículos 1667 y 1668 del código civil, por aplicación directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea, a causa de que el tribunal supone la existencia de una subrogación que no ha existido ni existió en ningún momento.

8ª—Violación del artículo 1608 del código civil, porque la sentencia condenó al pago de intereses desde el 4 de junio de 1920 en adelante, porque "consideró que desde esa fecha había mora". La obligación de reembolso, dice el recurrente, no pudo tener origen sino en la sentencia de resolución, confirmada por la corte el 22 de septiembre de 1924. Por tanto, agrega, no pudo haber mora antes de que tal sentencia quedara ejecutoriada. Y concluye así: "Pero ni siquiera la mora empezó desde la sentencia. Es obvio que la obligación del reembolso no pudo ser exigible sino desde la restitución del inmueble en que se invirtieron las expensas necesarias, de cuyo reembolso se trata. De modo que la mora no puede haber ocurrido sino cuando la obligación fue exigible y no fue satisfecha. Es decir, desde que Monsalve haya restituído el inmueble en que según su afirmación invirtió expensas necesarias de conservación".

Estas ocho causales aparecen ampliamente expuestas así: unas, en el memorial sobre interposición del recurso, que lleva fecha 18 de junio de 1934, y otras, en la demanda de casación presentada el 25 de abril de 1935.

De las causales alegadas, las cuatro primeras se refieren a la condenación por capital y las cuatro últimas al tipo de intereses sobre ese capital.

Primera causal

Violación del artículo 665 del código judicial. El tribunal echó menos una prueba directa de que fuese Jesús A. Monsalve quien pagó a Ruperto Uribe S. lo debido por José V. Restrepo E. Pero estimó que sobre este punto, fundamental en el litigio, sí existía una fuerte prueba indirecta. Al efecto analizó varios indicios que en su concepto bastan para probar que fue Monsalve quien hizo ese pago, y, en consecuencia, para deducir la obligación en que se considera está la parte demandada de reembolsar a Monsalve el capital que éste satisfizo a Uribe S. El recurrente no ha establecido que las alegadas "aplicación indebida" e "interpretación errónea" hayan realmente ocurrido, pues no ha demostrado que en la apreciación de las pruebas cayera el tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, como lo exige el artículo 520 del código judicial. En multitud de ocasiones ha dicho la corte, y se confirma en ello, que los tribunales tienen gran libertad para apreciar el valor de la prueba indirecta en su especie de prueba indicial. Los hechos que el tribunal tuvo por indicios, lo son efectivamente. Varios. Precisos. La ponderación que hizo el tribunal de ellos, para juzgarlos graves y concexos, entró en el juicio ponderativo que es de su resorte.

Se desecha.

Segunda causal

No violó el tribunal, como lo sostiene la parte recurrente, el artículo 1759 del código civil, en la apreciación de la escritura número 2661 de 2 de noviembre de 1920, otorgada en la notaría primera del circuito de Medellín, por cuanto "despreció la prueba indirecta de que Restrepo hizo el pago", pues aparte de que en la escritura citada no aparece tal prueba, aquella corporación, acogiendo la teoría del juez de primera instancia, no se redujo a tomar aisladamente la escritura de cancelación sino que relacionó ésta con otra posterior emanada también de Uribe S. y con la certificación expedida por el mismo, y asociando los datos que arrojan las declaraciones contenidas en dichos documentos con algunos medios indirectos, concluyó diciendo que por acumulación existía la prueba de haber Monsalve pagado a Uribe S. Dice la corte que en la escritura número 2661 no aparece la prueba de que Restrepo E. hiciera el pago a Uribe S., porque este acreedor apenas afirma que los deudores cumplieron con sus obligaciones. No declara que fueran ellos quienes personalmente le hicieran el pago. Restrepo E., como deudor solidario, quiso cumplir totalmente con la obligación en favor de Uribe S., diputando a Monsalve para que pagara, como se desprende de la escritura número 2515, en donde se lee que "en cuanto a gravámenes hipotecarios sólo carga con uno a favor del señor Ruperto Uribe S., junto con otro inmueble, por la cantidad de dos mil pesos oro ($ 2.000.00), gravamen de que se hace cargo el señor Monsalve...". Además, diputado Monsalve para pagar, según la escritura número 2515, y provisto de lo necesario para cumplir su comisión, perfectamente pudo quedar él comprendido en el concepto de "deudores", expresado por el acreedor, aunque no hubiera novación, que no la hubo.

Se desecha.

Tercera causal

No violó el tribunal los artículos 1760 y 2457 del código civil. La hipoteca se extingue, entre otros medios, por la cancelación que el acreedor acordare por escritura pública, de que se tome razón al margen de la inscripción respectiva. En este caso la escritura se requiere como solemnidad y no puede suplirse por otra prueba. Debe diferenciarse el fenómeno de la cancelación de las demás declaraciones que puedan hacerse en el mismo instrumento en que se cancela un gravamen hipotecario. Para que aquel fenómeno sea válido no hay necesidad de que el acreedor exprese en la misma escritura cuál fue la persona que le hizo el pago. Este punto puede establecerse por cualesquiera medios probatorios. Se desecha.

Cuarta causal

No violó el tribunal la ley 153 de 1887, en sus artículos 91, 92 y 93, ni tampoco el artículo 1764 del código civil, porque él no aceptó que no deban constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos; ni admitió la prueba de testigos para adicionar o alterar de modo alguno lo expresado en el contrato de compraventa o en el acto de cancelación, en lo que respecta al fondo de aquel contrato o al fondo de este acto; ni, finalmente, reconoció contra el deudor valor probatorio a alguna nota escrita o firmada por el acreedor.

Con la escritura número 1767, de 2 de agosto de 1919, se prueba que Restrepo E. y López contrajeron una deuda por dos mil pesos ($ 2,000.00) en favor de Uribe S. Con la escritura número 2515, de 4 de octubre de 1919, se prueba que Monsalve se obligó a pagar a Uribe S. los $ 2,000.00 que a éste debían Restrepo E. y López. Con la escritura número 2661, de 2 de noviembre de 1920, se prueba que los $ 2,000.00 le fueron pagados a Uribe S. Por lo expuesto se comprende que el nacimiento de la deuda, la obligación que un tercero contrajo de solucionarla y la extinción de ella, son hechos plenamente establecidos con sendas escrituras públicas. Para lo único que el tribunal ha tomado en cuenta la prueba de indicios ha sido para admitir que fue Monsalve la persona que pagó a Uribe S. Y este hecho, que no genera nuevas obligaciones por cantidad mayor de $ 2,000.00 sino que se refiere a indicar la persona pagadora, es un hecho comprobable con indicios. Aunque de él se deduzca cuál es el acreedor.

Se desecha.

Causales quinta, sexta, séptima y octava

Se estudian conjuntamente porque todas ellas se enderezan a obtener la casación de la sentencia recurrida únicamente en cuanto ésta confirma el punto tercero del fallo de primera instancia, referente al modo como deben liquidarse los intereses y al tiempo durante el cual se devengan.

En estas cuatro causales señala el recurrente como violados los artículos 965, 1608, 1617 y 1668 del código civil.

La corte considera:

Un contrato válidamente celebrado puede quedar sin efecto por distintas causas que no se identifican ni con la declaración de nulidad propiamente tál, o nulidad absoluta, ni con la de rescisión, o nulidad relativa.

Estas causas pueden consistir, si son voluntarias, en el querer de una parte, o en el de varias partes, o en el de todas las partes, o en el de un tercero ajeno del contrato, o en el de una parte y un tercero.

Voluntad unilateral.—Puede dejar sin efecto ciertas convenciones. Ejemplos: la sociedad civil expira por renuncia de uno de los socios, en los casos previstos por el código; el mandato termina por revocación del mandante o por renuncia del mandatario; el arrendamiento, cuando no se ha fijado tiempo para su duración o cuando el tiempo no lo determinan ni el servicio especial de la cosa ni la costumbre, cesa por desahucio de cualquiera parte; la donación entre vivos puede revocarse por ingratitud; la compraventa se destraye, cuando hay retrovendendo, porque el vendedor ejercita la facultad de retraer; la fianza se extingue por relevo, la hipoteca por cancelación y la anticresis por reintegro.

Voluntad de varias partes.—Hay contratos plurilaterales que finalizan extraordinariamente, aun contra el querer de alguna o de algunas partes. Ejemplo: si cualquiera de los socios falta, por su hecho o culpa, a su promesa de poner en común las cosas o la industria a que se ha obligado en el contrato de sociedad civil, los otros socios tendrán derecho para dar la sociedad por disuelta.

Voluntad total.—Fúndase en que el consentimiento, que dio vida al contrato, puede también destruír esa vida. Las cosas se deshacen del modo como se hicieron. Toda obligación puede extinguirse por un convenio en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula. Esta nulidad

convencional y putativa no tiene las mismas consecuencias que la nulidad o la rescisión, judicialmente pronunciadas, respecto de acto o contrato a que faltó alguno de los requisitos ordenados para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. Nada tiene qué ver la derogación voluntaria de la ley contractual, hecha sobre la base de que ésta existía como fuente de obligaciones válidas, con la anulación de esa misma ley y de las obligaciones que pretendió engendrar y no engendró por objeto o causa ilícita, omisión de formalidades necesarias, incapacidad total, etc., etc.; ni tampoco tiene qué ver nada con la rescisión por incapacidad no absoluta o por vicios en el consentimiento o por cualquier otro de los motivos que producen la nulidad relativa.

Voluntad de tercero.—No obstante ser la convención un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, lo cual pudiera conducir al pensamiento de que en el vigor de aquélla no influye una voluntad extraña a las del concurso real, es innegable la posibilidad de ese influjo. Ejemplo: si se pacta que presentándose dentro de cierto tiempo persona que mejore la compra se resuelve el contrato, tendrá de cumplirse lo pactado, a menos que el comprador, o su causahabiente en la cosa, se allane a mejorar en los mismos términos la compra.

Voluntad de una parte y de un tercero. Según el código civil, el matrimonio de la mujer mandataria, matrimonio que depende conjuntamente de la voluntad de ésta y de la voluntad de su esposo, causa la terminación del mandato.

Todas estas ocurrencias de expiración, terminación, cesación, revocación, resolución, extinción, disolución y anulación— obra, según los casos, de la voluntad de una parte, de varias partes, de todas las partes, o de terceros— producen sus peculiares efectos, muy diversos de los que ofrece el fenómeno de la resolución declarada judicialmente a solicitud de interesado.

Pero antes de estudiar las consecuencias de la resolución judicial, conviene decir cuáles son las propias de la terminación judicial, pues que algunas personas confunden tan distintos fenómenos.

Por la terminación (o cesación) judicial, pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, "ejecutorios" por oposición a "ejecutados", cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas.

No así la resolución judicial. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; y —como anotaba el magistrado Luis Eduardo Villegas, siguiendo a Rogron, Mourlont, Laurent y Baudry Lacantinerie— "se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación únicamente produce el primer resultado".

Esta doctrina, enunciada por el magistrado Villegas con apoyo en comentadores extranjeros, ha sido también la recibida en Colombia.

No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nació valido. Pero el incumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su cumplimiento, obliga al juez a eliminarlo.

Autores modernos, Ripert y Josserand, sostienen: el primero, en desarrollo de su teoría sobre la justicia contractual, que el contrato fracasa; el segundo, en desarrollo de la suya sobre equilibrio contractual, que el contrato se desfonda y se vuelve tabla rasa.

Dícese que por la sentencia resolutoria el contrato queda borrado, fracasado o desfondado, es decir, vuelto tabla rasa, porque juristas nacionales y extranjeros admiten que pronunciada la resolución ha de fingirse que el contrato resuelto no existió jamás.

Seducido por esta ficción, el tribunal de Antioquia acogió el interesante fallo proferido por el juzgado de primera instancia, en que éste, luégo de reconocer que en el orden natural de los hechos es imposible volver las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, lo cual explica la ficción como medio de dar efecto retroactivo a la sentencia, estima que "al analizar hoy las relaciones de Monsalve con Restrepo, debe hacerse como si no existiera, cuando se hizo el pago, el convenio de que da cuenta la escritura 2515 de 4 de octubre de 1919".

Y así el señor juez fluctúa entre el pago con subrogación, el pago sin causa y el pago de lo no debido, como puede verse en estos pasos de su sentencia prohijada por el tribunal:

"Entre Monsalve y Uribe S. pudo haberse pactado la subrogación de conformidad con el artículo 1669 del código civil. Mas como no se hizo, quedó la legal al tenor del numeral 5º del artículo 1668 de la misma obra. Sólo que en virtud del motivo y forma del pago, la subrogación carecía de objeto, porque Monsalve cumplía una obligación, sin que le quedara crédito contra Restrepo. Perseguía tan solo, después de cumplir lo convenido, obtener la cancelación de la hipoteca".

Esto dijo el señor juez en un capítulo que tituló "El reintegro". Más adelante, en otro que llamó "Efectos de la sentencia", vierte estos conceptos:

"En primer lugar se tiene la falta de causa. No puede haber obligación sin una causa real y lícita. La causa suele dividirse en próxima y remota. La primera equivale al fin jurídico y la segunda se confunde con el fin económico".

"No importa en este caso la causa remota. Procede la próxima. Al celebrarse el contrato de 1919, la causa para Monsalve era la entrega que se le hacía de la casa hipotecada, fuéra de las otras ventajas que obtendría en el contrato. Desaparecida la existencia de este contrato, el pago quedó sin causa, y por consiguiente sin valor; ineficaz para Restrepo porque otro lo hacía por él, y claramente resulta que ni aún siquiera por mera liberalidad o beneficencia".

"En segundo lugar se tiene el pago de lo no debido. Considerando las cosas con un criterio demasiado objetivo tal vez el hecho del pago no encaja precisamente en el artículo 2313 del código civil, porque el pago no se hizo por error de hecho. Pero mirando las cosas a la luz de la ficción que ordena la sentencia, sí encaja perfectamente".

"Por haber hecho el pago el demandante de una deuda ajena consintiéndolo expresamente el deudor, el pagador se subrogó en los derechos del acreedor en virtud de la ley (arts. 1667 y 1668, numeral 5º, del C. Civil)".

La manera como el tribunal, siguiendo al juzgado, aplicó la ficción de que se ha hecho mérito, fue motivo para que el recurrente denunciara la violación, entre otros preceptos sustantivos, de los artículos 1667 y 1668 del código civil, sobre pago; 1608, sobre mora, y 1617, sobre perjuicios.

La corte considera:

Es innegable que la sentencia resolutoria de un contrato impone, para que se desaten retroactivamente los vínculos creados por las partes, cierta ficción jurídica en fuerza de la cual se admite algo que no es cierto y se niega existencia a algo que realmente vivió.

Pero esta ficción, aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia con fines plausibles, no puede aplicarse rigurosamente cuando durante el contrato nacieron para terceros derechos de los que la ley respeta o cuando el fallo resolutorio se refiere a convenciones complejas.

La escritura número 2515, de 4 de octubre de 1919, por la cual López y Monsalve vendieron un inmueble a Restrepo E., contiene un contrato complejo, o si se quiere, contiene varias convenciones concretas, pues sabido es que en derecho los contratos son tantos cuantas sean las materias del acto genérico en que intervienen las partes.

Fijado en $ 9,000.00 el precio de la compraventa, el comprador Restrepo E. pagó $ 2,000.00 al vendedor López y se obligó a pagar $ 4,000.00 al vendedor Monsalve en los términos y con la garantía expresados en la escritura.

En cuanto a los otros $ 3,000.00, para completar los $ 9,000.00 del precio, el comprador Restrepo E. transmitió en propiedad al vendedor Monsalve una casa situada en Medellín, en la carrera de Abejorral, inmueble gravado con hipoteca en favor de Uribe S. por la cantidad de $ 2,000.00.

Al hablar de esta hipoteca dijeron las partes que de ella "se hace cargo el señor Monsalve", lo que naturalmente significa haber recibido éste la casa estimada en $ 5,000.00, así: $ 3,000.00 que abonó al precio de la compraventa y $ 2,000.00 que se obligó a satisfacer al acreedor Uribe S.

No se habla de los intereses accesorios a la cantidad debida a Uribe S., de que también se hizo responsable Monsalve, puesto que su obligación consistía en levantar el gravamen, porque la explicación resulta más clara empleando números redondos.

Puede decirse que Restrepo E., enajenando la totalidad de su inmueble a Monsalve, quien por causa de la enajenación no le abonaba sino $ 3,000.00, no obstante estimar las partes su valor en $ 5,000.00, proveyó a éste de una parte alícuota en el inmueble que valía $ 2,000.00, para que pagara igual suma al acreedor Uribe S. La realidad de este fenómeno es innegable. No hay ficción que alcance a borrarlo.

Efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida con respecto al acreedor, que por haber recibido la cosa nada puede ya reclamar. Cuando es un tercero quien paga, no siempre se extingue la obligación con respecto al deudor, el cual puede quedar ligado en favor de la persona

que vino a ocupar el lugar del acreedor. Esto ocurre en virtud del pago con subrogación, pago de naturaleza especial, que no liberta al deudor porque no es hecho por él. La subrogación es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste en favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Por eso Delvincourt definió la subrogación como "el cambio del acreedor, sin novación de la deuda", y por eso también nuestro código civil, en el inciso 2º de su artículo 1691, dice que tampoco hay novación "cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor".

No hay sido dos casos de subrogación: legal, aun contra la voluntad del acreedor, en los casos señalados por la ley, y convencional, en virtud de una convención del acreedor.

Es requisito indispensable que el pago sea hecho por un tercero. Si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su encargo, no cabe subrogación sino extinción.

Legal o convencional, la subrogación se opera juntamente con el pago. No antes ni después. El ministerio de la ley obra en el acto mismo de la prestación. En esa oportunidad obra también la convención del acreedor. Si en el momento de pagar no se cumple la subrogación legal, inconcebible antes del pago, es porque no se cumplirá más tarde. Ocurre lo propio en la convencional. Efectuado el pago, no podría el acreedor transferir ningún derecho resultante de una deuda satisfecha ya con respecto a él, puesto que nadie puede ser subrogado en lo que dejó de existir.

En la subrogación convencional concurren simultáneamente el pago de lo debido y la transmisión al tercero de los derechos y acciones que corresponden al acreedor. La carta de pago es una solemnidad y también el medio único de prueba. Como la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, para que produzca todos sus efectos debe el acreedor hacer al subrogado entrega del título y debe practicarse la notificación al deudor.

La subrogación, legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda.

Estudiando a la luz de estas nociones generales el caso Monsalve-Uribe-Restrepo, o sea el acontecimiento jurídico en que figuraron un pagador, un acreedor y un deudor, se pone en claro lo siguiente:

1º—El pago hecho por Monsalve extinguió la obligación de Restrepo en favor de Uribe S., porque aquél no obró como "tercero" ajeno a la deuda, sino como persona encargada por el deudor y provista por éste de lo necesario para hacer la prestación.

2º—Hecho el pago por Monsalve, la deuda quedó objetiva y subjetivamente extinguida.

3º—Habiendo sido solucionada esta deuda, en sí y con respecto a deudor y a acreedor, no puede hablarse de subrogación legal ni de subrogación convencional.

4º—Aun negando la solución totalitaria de la deuda, no podría invocarse la ley para decir que, por ministerio de ella, Monsalve quedó subrogado en los derechos de Uribe S., porque no se trata aquí de ninguno de los casos señalados por las leyes y ni siquiera del beneficio especial a que se contrae el artículo 1668, ordinal 2º, del código civil, como se ha creído en el proceso, es decir, "del que habiendo comprado un inmueble, está obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado", porque esta subrogación legal no se cumple cuandoquiera que el comprador de una finca raíz cancela a su costa el gravamen hipotecario que sobre ella pesaba, sino que se efectúa cuando por no haber alcanzado el precio para pagar a todos los deudores hipotecarios, los acreedores no satisfechos persiguen judicialmente su derecho sobre la cosa hipotecada. En este caso el comprador, que subrogó al primer acreedor hipotecario, hace valer su derecho en el orden de preferencia que le corresponde sobre el precio en que judicialmente se venda o adjudique la cosa. El sobrante, si lo hubiere, se destina al pago de los otros acreedores hipotecarios. Nada de esto ha ocurrido en el presente negocio.

5º—Tampoco procede la subrogación legal consagrada en amplios términos por el artículo 1668, ordinal 5º, del código civil, porque el deudor Restrepo E. consintió en que Monsalve pagara a Uribe S., pero no estrictamente como "tercero" que solucionaba deuda ajena, sino como diputado provisto de lo necesario para pagar.

6º—Dentro de la misma negativa supuesta en el punto 4º, no puede hablarse de subrogación convencional, puesto que al pagar Monsalve los $ 2.000.00 con sus intereses, Uribe S. no le subrogó en los derechos y acciones que le correspondían como acreedor de Restrepo E. Nada dice a este propósito la carta de pago. Y aunque el tras-

paso de los derechos y de las acciones constara en tal carta, solemnidad y única prueba a un mismo tiempo, no hay dato alguno de que se cumplieran las reglas referentes a la cesión de créditos. Con posterioridad a esa carta, Uribe S. tuvo buen cuidado de no subrogar voluntariamente, como puede observarse leyendo su certificación de 16 de marzo de 1925 y sus declaraciones escriturarias de 4 de junio de 1926.

7º—Si al pagar Monsalve a Uribe S. no quedó aquél con derecho y acción contra Restrepo E., la ficción que origina el fallo resolutorio no puede crear a posteriori tales derecho y acción.

Luego aceptando el tribunal la subrogación, aplicó indebidamente los artículos 1667 y 1668 del código civil.

Admitido por el tribunal el pago con subrogación, la lógica lo llevó a condenar, durante cierto lapso, en intereses convencionales del uno y cuarto por ciento mensual, lo que implica violación del artículo 1617 del código civil, por indebida aplicación.

Por tanto, será parcialmente casada la sentencia objeto del recurso, sin necesidad de considerar las otras causales aducidas.

Al fallar en instancia, la corte considera estos puntos:

a).—Como lo dice el actor en su libelo, "la equidad, la moral y la razón" le reconocen el derecho a demandar el reembolso de lo pagado, pues a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro.

b).—El 4 de octubre de 1919 fue celebrado el contrato de compraventa entre López, Monsalve y Restrepo E.

c).—Desde el 2 de agosto de 1919, López y Restrepo E. se habían constituído deudores de Uribe S. por la cantidad de $ 2.000.00, al uno y cuarto por ciento mensual, con garantía hipotecaria sobre la casa situada en la calle de Abejorral, en la ciudad de Medellín.

ch).—El 2 de agosto de 1920 fue la fecha señalada para el vencimiento de la obligación contraída por López y Restrepo E. en favor de Uribe S.

d).—El 2 de noviembre de 1920 pagó Monsalve a Uribe S., a nombre del codeudor solidario Restrepo E., el capital de $ 2,000.00 "con los intereses corridos de junio a octubre de mil novecientos veinte (1920)".

e).—En punto de pago de intereses se observa lo siguiente: los codeudores solidarios López y Restrepo E. pagaron los correspondientes a los diez meses, de 2 de agosto de 1919 a 2 de junio de 1920, y Monsalve pagó los intereses correspondientes a cinco meses, de 2 de junio a 2 de noviembre de 1920.

f).—Aunque Monsalve pagó los intereses de los últimos cinco meses, no se le pueden reconocer sino los del 2 de junio al 2 de agosto, porque en esta última fecha venció la obligación a favor de Uribe S., y en la fecha del vencimiento ha debido aquél hacer el pago.

g).—Por tanto, los demandados deben a Monsalve $ 2,000.00, más los intereses de esta suma al uno y cuarto por ciento mensual en los dos meses corridos del 2 de junio al 2 de agosto de 1920. Tal capital y tales intereses forman un capital desembolsado por Monsalve, que debe restituírsele para que no haya enriquecimiento sin causa de parte de Restrepo E. Bien interpretada la demanda de Monsalve, compréndese que él cobra todo lo que pagó a Uribe S. por recomendación de Restrepo E., pero dicho demandante no tiene derecho a repetir los intereses con que se gravó durante su propia mora (últimos tres meses). Tampoco se puede decretar en su favor el pago de los intereses devengados del 2 al 4 de junio, sino tan sólo desde el 4 de junio, porque en la parte petitoria de su demanda fija él esta fecha.

h).—Averiguada la suma a que ascienden el capital y los intereses intratérmino de que se habla en la letra anterior, sobre el total deben pagar los demandados al demandante intereses al tipo del 6% anual. En el reconocimiento que hace la corte de intereses legales sobre un capital en que ya se han incluído los intereses intratérmino, no se viola la prohibición de decretar el pago de intereses de intereses, porque no se trata aquí del cumplimiento de una obligación en que tal capitalización está vedada, sino de la devolución de una suma de dinero, para evitar un enriquecimiento sin causa, en que el concepto de intereses entra como factor de cuenta pero no de imputación legal.

i).—Estos intereses legales han de ser computados desde el 3 de noviembre de 1920, inclusive, día siguiente al en que Monsalve pagó a Uribe S.

j).—No sería justo que a Monsalve le tocara recibir simultáneamente en algún período, por una parte los intereses legales que esta sentencia le reconoce y por otra parte frutos líquidos de la casa situada en la calle de Abejorral. Pero la corte no subordina el pago de tales intereses legales al abono de frutos durante la época en que Monsalve gozó de la casa, por varias razones: 1ª—Porque no sabe si esa restitución de frutos fue hecha ya por Monsalve aisladamente; 2ª—Porque no sabe si esa restitución de frutos quedó incluída en los per-

juicios generales a que fue condenado Monsalve en la sentencia resolutoria del contrato, que fueron estimados en el juicio que siguió al ordinario de resolución; 3ª—Porque sobre esos puntos los demandados no han excepcionado ni probado nada en el presente juicio; 4ª—Porque este juicio versa únicamente sobre cobro de lo desembolsado por Monsalve. Campo les queda a los demandados para obtener que los frutos líquidos de la casa les sean restituídos por Monsalve desde el día en que éste la recibió hasta el día en que la restituyó o restituyere, en cuanto esos frutos no hayan sido satisfechos por dicho Monsalve.

k).—El actor, con todo derecho, demandó conjuntamente a la sucesión ilíquida y a la sociedad conyugal disuelta. En las sentencias de primera y de segunda instancias fueron condenadas tales dos entidades, las cuales están sujetas, en sus relaciones interiores, para los efectos de liquidación, partición y adjudicación de los bienes, a lo prescrito por los artículos 1833, 1834 y sus concordantes del código civil.

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 :

Primero.—Cásase la sentencia proferida en este juicio por el tribunal superior de Medellín, con fecha 7 de junio de 1934, en cuanto dicha sentencia confirma la de primera instancia en las partes referentes al tipo de interés y al tiempo durante el cual se computa éste.

Segundo.—Revócase la sentencia de primera instancia, dictada por el juzgado primero del circuito de Medellín, con fecha 28 de noviembre de 1932, pero únicamente en las partes de que trata la declaración anterior.

Tercero.—En consecuencia, el presente juicio queda definitivamente decidido en esta forma:

a).—Declárase no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada en la contestación de la demanda.

b).—La sociedad conyugal disuelta e ilíquida, que formaron José Vicente Restrepo y Celsa Julia Palacio de Restrepo, y la sucesión ilíquida del primero, deben pagar al señor Jesús A. Monsalve, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de dos mil pesos oro legal ($ 2,000.00) y sus intereses al uno y cuarto por ciento mensual, desde el 4 de junio de 1920 hasta el 2 de agosto del expresado año.

c).—Las mismas sociedad disuelta y sucesión ilíquida, dentro del mismo término, pagarán al señor Monsalve intereses al 6% anual sobre la suma a que asciendan el capital y los intereses intratérmino de que se habla en la declaración anterior, computados aquellos intereses legales desde el día tres (3) de noviembre de mil novecientos veinte (1920) hasta el día en que efectúen el pago.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, 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 J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.



REIVINDICACION

El artículo 1325 del Código Civil no establece que todo heredero sólo por serlo puede reivindicar para sí bienes hereditales que hayan pasado a tercero, sino que, cuando cabe y es procedente la acción reivindicatoria, singularmente allí establecida, puede ejercitarla.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre veintisiete de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

El Municipio de Popayán ha seguido juicio de reivindicación del terreno de Samanga, ubicado allí, contra el señor Antonio Caldas, vecino de esa ciudad. Decretada aquélla por el Juzgado 1º de ese Circuito en la sentencia de primera instancia el 29 de marzo de 1932, quedó absuelto el demandado en la de segunda, de 28 de agosto de 1934, revocatoria de esa y pronunciada por el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, contra la cual la parte demandante interpuso casación, recurso que es llegada la oportunidad de decidir.

Son antecedentes pertinentes:

1º El doctor Juan Cerón compró la estancia de Samanga el 9 de julio de 1869.

2º Sin haberla enajenado murió el 3 de diciembre de 1911.

3º El Juzgado 2º de ese Circuito declaró yacente su herencia el 18 de marzo de 1912.

4º El 19 del mismo marzo, por escritura Nº 282 ante el Notario de esa ciudad vendió la finca de Samanga al doctor Antonio Caldas la señorita Soledad Balcázar o Cerón, declarando ser dueña como poseedora por sí y por medio de Cornelia Balcázar, su madre natural, cuya posesión agrega a la suya, desde que se otorgó escritura a Cerón en 1869, porque éste no compró—dice—para sí sino para Cornelia, cuyo era el dinero pagado como precio.

5º Dicho Juzgado 2º, en auto de 28 de septiembre de 1914, declaró heredera del doctor Cerón, en calidad de hija natural suya, a la señortia María del Carmen Balcázar o Cerón.

6º El mismo Juzgado declaró terminado el estado de yacencia de la herencia del doctor Cerón, en auto de 26 de julio de 1929, en razón de lo que acaba de traerse a cuento en el punto precedente.

7º Dicha María del Carmen, por escritura Nº 168, ante el Notario de Popayán el 11 de marzo de 1922, cedió al Municipio los derechos de ella en la sucesión de Cerón, como heredera.

8º Como tal cesionario y para la herencia de Cerón demandó el Municipio a Antonio Caldas, poseedor actual en virtud de su compra referida, en juicio reivindicatorio, la finca de Samanga, según libelo repartido al Juzgado 1º de aquel Circuito el 19 de agosto de 1922 y notificado a Caldas el día siguiente.

9º El Municipio en juicio ordinario con la misma María del Carmen obtuvo en sentencia del Tribunal de Popayán de 25 de agosto de 1924, la declaratoria de heredero y la de que la hecha en favor de aquélla no subsiste.

10º El Municipio formuló nueva demanda reivindicatoria de Samanga para sí, como heredero de Cerón, apoyándose en la sentencia que acaba de citarse, demanda que se repartió al Juzgado 3º de ese Circuito el 18 de septiembre de 1924 y se notificó al demandado el siguiente día.

11º A gestión de Caldas se acumularon en el Juzgado 1º esos dos pleitos; de manera que ambos ya juntos se decidieron en una misma sentencia, tanto en el Juzgado como en el Tribunal, en fechas citadas en el encabezamiento de la presente. (1932 y 1934).

12º Adelantada la causa mortuoria del doctor Cerón por el Municipio, hasta la partición inclusive, ésta se hizo adjudicándole el predio de Samanga como heredero único y, aprobada por sentencia de 11 de julio de 1928, ejecutoriada en su día, ello se protocoló en la Notaría 2º de Popayán con el número 965, el 15 de septiembre de ese año (1928) y se trajo a los autos y admitió como prueba el subsiguiente diciembre.

El Juzgado niega la primera de las demandas citadas, porque el Municipio la formula como cesionario de quien no es heredero, de conformidad con la referida sentencia de 1924; y decreta la segunda demanda antedicha fundándose en que el Municipio demostró su calidad de heredero y con ella, en sentir del Juzgado, la de dueño, sobre la cual, además, alude a la adjudicación de que acaba de hablarse; y entrando por lo mismo, el Juzgado, en el estudio de las excepciones del demandado Caldas, las niega, rechazando la de prescripción por razones que se resumen así: Cerón vivió con Cornelia Balcázar, su con-

cubina, a pesar del matrimonio de ésta con Pedro Pino, alias Carola: entre los varios hijos de aquella unión figuraron María del Carmen y Soledad, aquí nombradas; la intervención de Cornelia, Soledad y Carmen en actos posesorios de Samanga, explicable por esa vida común, que cabalmente tuvo esa finca por teatro y hogar, no puede entenderse como algo que impidiera la posesión de Cerón por sí mismo, en lo material; y en cuanto a la inscrita, no hay duda alguna sobre que el título otorgado y registrado en 1869 lo fue en favor de Cerón, quien falleció sin que ese título ni inscripción se cancelasen de modo alguno y sin que, por otra parte, pueda alegarse nulidad del título, ya por el lapso transcurrido, ya por no ser lo demandado en el presente juicio, ni figurar aquí el vendedor de entonces por sí ni representado por sus sucesores, ya porque el hecho de ser de Cornelia el dinero del precio, aun dándolo por probado, no sería razón, habiéndose otorgado la escritura como se otorgó, para que ella y con ella o tras de ella sus hijas o una de éstas hayan de ser reputadas adquirentes y dueñas, y así una de las hijas vendiese apenas se declaró yacente la herencia de Cerón. Nótese que este auto es de 18 de marzo de 1912 y que de 19 de marzo de 1912 es la escritura otorgada por Soledad a Caldas.

El Tribunal en sentencia minúscula en sí, como anota el señor Procurador General de la Nación, aunque extensa a poder de innecesarias transcripciones, cargos que la Corte desgraciadamente no puede menos de hallar justificados, revoca la sentencia de primera instancia fundándose en que el Municipio no pide para la herencia y en que su demanda no invoca ni podía en realidad invocar, la adjudicación que sólo años después obtuvo como título de dominio sobre Samanga. El Municipio demandó para sí en su calidad de heredero, única efectivamente que tenía cuando la demanda se formuló y contestó, única que la demanda adujo y única sobre la cual se trabó el litigio y precisa y exclusivamente ha de sentenciarse. El Tribunal desoyó, pues, la adjudicación que a favor del Municipio vino a hacerse, a aprobarse por sentencia y a registrarse en 1928, y por los motivos así resumidos, invocando el artículo 343 del C. J., fue por lo que declaró probada la excepción de petición antes de tiempo y por ella absolvió al demandado. En cuanto a la primera de dichas demandas, conceptuó el Tribunal, como se vio que lo hizo el Juzgado, que no podía prosperar, siendo así que el Municipio la formula como cesionario de quien, en pleito seguido por él mismo cabalmente, resultó no ser heredero. El Tribunal contempla separadamente las dos demandas, de forma que en la parte resolutiva las atiende en su orden cronológico, respectivamente en sus numerales 1º y 2º.

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Popayán, tanto en el memorial en que ante éste interpuso el recurso de casación como en el que ante la Corte lo funda, aduce las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J. El señor Procurador General de la Nación, si bien manifiesta acoger ambos escritos, se detiene en los varios cargos que se estudiarán adelante, relativos todos a la causal 1ª y ninguno formula en relación con la 2ª.

Lo que acaba de traerse a cuento sobre el modo de considerar y decidir el Tribunal separada y completamente cada una de las dos demandas del Municipio hace ver lo infundado de la acusación por esa causal 2ª, procedente tan sólo cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Parece que el cargo no versa sino sobre la primera demanda, pues que la segunda fue tratada debidamente. El cargo lo deduce el Fiscal del concepto del Tribunal de que la primera demanda fue sustituída o reemplazada por la segunda. Pero cabe advertir que con sustitución o sin ella, el caso es que el Tribunal las consideró ambas y ambas las negó en sendos numerales de la parte resolutiva de su fallo.

Aunque esto basta, no puede menos de observarse que el Municipio demandó primeramente para la herencia como cesionario de María del Carmen; y que, una vez vencida ésta por él en la contienda sobre quién era el heredero de Cerón, el Municipio demandó para sí en nombre propio como tal heredero. Claro es que lo uno excluye lo otro, dada la oposición respecto de personería entre las dos demandas y dada, además, la diferencia de persona para quien cada una pide.

En suma, habiendo el Tribunal decidido sobre ambas demandas en la forma que lo hizo, la causal 2ª de casación es inadmisible, y así se declara.

Respecto de la causal 1ª el señor Fiscal formula sus cargos en forma que puede re-

sumirse así: a) violación del artículo 1155 del C. C., en relación con el artículo 1010 y 1013 del mismo Código, por cuanto, según aquél, los herederos representan al difunto para sucederle en todos sus derechos y obligaciones trasmisibles, y según el 1010 el heredero es asignatario por causa de muerte, y según el 1013 la herencia se defiere al heredero en el momento de fallecer el de cujus; b) violación del artículo 1325 del C. C., en relación con los artículos 946, 950 y 952 de la misma obra, por cuanto según aquél el heredero puede hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas herenciales reivindicables pasadas a terceros y según el 946 la acción reivindicatoria es la que tiene el dueño de cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor sea condenado a restituírsela; y el 950 concede esa acción a quien tenga la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa, y el 952 indica que debe dirigirse contra el actual poseedor, y c) al dejar de apreciar el Tribunal la hijuela de adjudicación de Samanga al Municipio, en la partición de los bienes de la sucesión de Juan Cerón, por las razones atrás dichas, procedió erróneamente, siendo así que debía tenerla en cuenta por haberse traído a los autos en el término de pruebas y con citación y audiencia de la contraparte, y al obrar de aquel modo concurrió a violar las disposiciones que acaban de enumerarse. Quedan resumidos así los cargos que el demandante hace a la sentencia recurrida al interponer el recurso.

La Corte considera:

a) El Tribunal no ha negado que el Municipio sea heredero de Juan Cerón ni que esa calidad le dé la representación de este señor, ni que la herencia se le defiriera al morir éste. Por tanto es infundado el cargo de violación de los artículos agrupados en el punto a) del párrafo precedente. El concepto del recurrente al respecto es que el Tribunal los violó, por cuanto el Municipio, siendo heredero de Cerón, ha podido demandar, y que la sentencia le desconoce esta representación y derecho.

Ya se vio cómo el Tribunal, considerando por separado las dos demandas, ve que la primera no puede prosperar por haberse formulado en ejercicio de la personería que por el momento daba al Municipio la cesión de alguien que a la sazón tenía en su favor una declaratoria de heredero desaparecida después a solicitud de él y, por lo mismo, ya inexistente, al punto de que el Municipio se vio en el caso de formular otra demanda en nombre propio como heredero. Es a ésta a la que se refiere el cargo que se estudia en este punto a); y ya se vio que el Tribunal no le dice al Municipio que no podía demandar como heredero, en representación del causante, sino que no podía demandar para sí mismo mientras no tuviese título singular.

Aun dando de antemano por erróneo el concepto—que se estudia adelante—de necesitarse la adjudicación en el presente caso para que prospere la demanda, ello es que la sentencia no podía, por ese error —llámesele así desde ahora—incurrir en violación de los dichos artículos 1010, 1013 y 1155.

---

b) El Tribunal negó la acción, no porque dejara de estar bien dirigida contra el doctor Caldas, de quien efectivamente se ha demostrado ser el poseedor actual de Samanga; ni porque dejara de tratarse de cosa singular; ni porque deje de ser cierto que el Municipio no la posee actualmente ni la posee la sucesión de Cerón. No violó, pues, los artículos 946, 950 ni 952 del C. C. por esos conceptos, que son aquéllos por los cuales ataca el recurrente. Lo que el Tribunal sostiene es que, habiendo demandado el Municipio para sí y no teniendo al demandar, ni habiendo por tanto, aducido ni podido aducir como fundamento de su demanda un título singular de Samanga en su favor, no se hallaba en el caso de instaurar para sí la acción reivindicatoria que instauró. Claramente sugiere el Tribunal la diferencia del caso, a respecto tan trascendental, si el Municipio hubiese demandado para la herencia. Y como, en efecto, el mismo artículo 950, invocado por el recurrente, es el que requiere para reivindicar la calidad de propietario pleno, o nudo, absoluto o fiduciario de la cosa de cuya reivindicación se trate, y como el 946 también invocado por él, es al dueño de una cosa singular a quien atribuye o concede o reconoce esa acción, es evidente que, dentro de ese concepto, la violación apuntada por el recurrente no ocurrió.

El Tribunal no ha dicho nada en contrario de estos conocidos y trajinados preceptos, sólo ha dicho que el Municipio no ha comprobado ser el dueño de la cosa singular cuya reivindicación demanda.

No ocurre tampoco violación del artículo 1325, el cual, parte integrante del capítulo sobre petición de herencia, se refiere al caso en que las cosas herenciales no pueden ser recuperadas por el verdadero dueño por no hallarse en poder del heredero putativo vencido por él en aquella acción. No es el

caso de esa disposición en el presente pleito.

Más todavía: aun conceptuando que la acción para reivindicar de terceros en casos como el presente en que, repítese, no se trata de petición de herencia y en que, de otro lado, el poseedor no deriva su derecho de un heredero de Cerón como tal heredero, sino de un tercero, extraño, por ende, a la sucesión, tampoco violó el Tribunal ese artículo 1325, por cuanto no lo ha tocado siquiera, siendo así que lo que ha hecho, repítese, no es negar la acción reivindicatoria por ser heredero o a pesar de serlo el demandante, sino por demandar para sí sin serlo personalmente, en cuanto no adujo ni tenía título personal, y en cuanto, a pesar de eso, demandó para sí y no para la herencia.

Ese artículo no establece que todo heredero sólo por serlo puede reivindicar para sí bienes herenciales que hayan pasado a terceros, sino que, cuando cabe y es procedente la acción reivindicatoria, singularmente allí establecida, puede ejercitarla, sin que pudiera entenderse que por ser la acción de petición de herencia una acción que obliga a suponer contienda entre herederos, el no tratarse ya de herederos por lo que respecta al poseedor actual fuera óbice para recuperar lo que le pertenezca, en su caso, como tal heredero y no estar ya en manos del heredero putativo.

c) Es justificado el proceder del Tribunal sobre la adjudicación siendo así que no decide sobre ella, sino que se abstiene de considerarla por motivos extensos, procedimentalmente invencibles.

El Municipio demandó sin aducir y sin tener siquiera ese título cuando formuló su demanda; ese hecho de ser él adjudicatario no figuró entre los colocados dentro de la litis por la demanda y su respuesta. Un hecho posterior no puede ser considerado ni puede admitirse para el fallo, con más veras si implica alteración en la personería del demandante. Dícese esto porque el Municipio demandó para sí exclusivamente y en su mera calidad de heredero y a la postre pretende, al verse que está reivindicando como dueño de cuerpo cierto en virtud de título singular en su favor, que este título formado años más tarde y ausente hasta entonces de la litis venga a cobijarla y a ser base para decidirla.

El C. J. en su artículo 205 obliga a expresar los hechos fundamentales de la demanda, y en el 471 impone la consonancia de la sentencia con lo demandado oportunamente por las partes. La aclaración, corrección o enmienda permitida en su artículo 206 no puede hacerse una vez notificado el auto de apertura a prueba. Cuando no hay aquella consonancia ocurre casación según el citado artículo 520.

No es, pues, aceptable este otro cargo.

El señor Procurador General de la Nación, a más de reforzar y de acoger como propio el alegato del Fiscal, agrega de suyo estos otros cargos: violación del artículo 1401 del C. C., en cuanto el Municipio por virtud de la adjudicación se reputa a la luz de ese artículo haber sucedido a Juan Cerón desde el momento de su muerte en el bien singularmente adjudicado. Inaceptable ese cargo por lo dicho acerca de que la partición fue posterior a la demanda y extraña a ella, de modo que ese título ni fundó la acción incoada ni cambia o revalida la personería del demandante, ya que, por la misma razón de tiempo que se está anotando y ya se vio aquí, no fue materia del litigio ni, por ende, pudo serlo de la demanda ni del fallo.

Violación por aplicación indebida de los artículos 757, 783, 1394 del C. C. y 968 y 953 del C. J. y en general de cuantos establecen que la partición tiene lugar cuando haya más de un heredero. Los violó, dice, porque echó menos una partición innecesaria y que no era el caso de reclamar, siendo así que hay un heredero único.

Lo antedicho en nada se relaciona con la unidad o pluralidad de herederos ni se modifica en razón del número de ellos. El Municipio demandó para sí mismo sin ser más que heredero y después recibió adjudicación de la finca demandada y ha pretendido que la sentencia se dicte a la luz de esta nueva calidad y situación, lo que no le puede prosperar; pero el Tribunal no echa menos nada distinto de lo que el Municipio estimó tan necesario y tan agible, que, aunque tarde, lo hizo y lo trajo al proceso, como fue la adjudicación que se está recordando. Podrá la partición no caber, materialmente hablando, cuando no hay sino un interesado, ya por ser heredero único, ya por haber reunido uno solo en sus manos sus derechos y los de los restantes, si son dos o más los herederos; podrá, por lo mismo, reducirse a mera adjudicación; pero ésta es indispensable para ser reputado dueño; ella, con la sentencia aprobatoria, es el título a que se refiere el C. C. en su art. 765, en relación con el 756 y el 2652, numeral 6º y el 38 de la Ley 57 de 1887.

No es fundado tampoco el cargo respecto del artículo 1325 del C. C., en el concepto en que el señor Procurador dice haberlo violado el Tribunal, y que es el de que, diciendo ese artículo que el heredero puede ejercer la acción reivindicatoria sobre cosas que hayan pasado a terceros, está hablando del heredero, esto es, del caso de heredero único; de manera que, siendo el Municipio heredero único, debió aceptársele su acción. Innecesario repetir lo que se ha expuesto ya aquí sobre cuál es el caso y alcance de esa disposición legal, acerca de lo cual en nada influye la pluralidad de herederos. El uso del artículo definido en singular, el heredero, no puede tenerse como referencia al caso de ser una sola persona el heredero, en forma que esa disposición no sea aplicable cuando hay varios y de que, por otra parte, como el señor Procurador sostiene, base la calidad de heredero en tal situación de haber un heredero único. Sabido es que el artículo definido en singular puede significar y de ordinario se emplea para significar el conjunto, como en la conocida frase tomada habitualmente del ejemplo, en los textos de enseñanza, "el hombre es un sér sociable".

No acogiéndose ninguno de los cargos formulados contra el fallo recurrido, no cabe casarlo.

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 que no es el caso de infirmar la sentencia dictada en el presente juicio por el Tribunal Superior de Popayán el veintiocho de agosto de mil novecientos treinta y cuatro. 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 ppdad.

NULIDAD POR SIMULACION SOLICITADA POR EL ACREEDOR EN CUANTO A LA ENAJENACION FICTICIA HECHA POR SU DEUDOR.

Insiste la Corte en sostener que los acreedores tienen derecho para alegar la nulidad absoluta de las enajenaciones ficticias de sus deudores. El interés del acreedor no está excluído del sentido y alcance que a esta palabra INTERES da el artículo 15 de la Ley 95 de 1890. Es obvio que si a alguien interesa que no merme o decrezca el patrimonio de otro es a quien de éste es acreedor. Basta al efecto, a más de innumerables razones que saltan a la vista, recordar el derecho que al acreedor, por sólo serlo, confiere el artículo 2488 del C. C. sobre todos los bienes de su deudor, raíces o muebles, sean presentes o futuros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, noviembre treinta de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

Agripina Correa viuda de Sánchez y Efraím Echeverri, demandaron a Sinforiano y Julio C. Loaiza, vecinos todos de Jericó, ante el Juzgado 1º de ese Circuito, para que por la vía ordinaria se declare nula la compraventa que aparece celebrada entre estos dos por medio de la escritura Nº 8, otorgada por ellos en Pueblo Rico el 1º de enero de 1930, en la que Sinforiano aparece transfiriendo a Julio los bienes allí determinados, simuladamente dicen los actores, y con el fin de defraudarlos, y para que consiguientemente se declare que esos bienes pertenecen a Julio C. Loaiza, de cuyo patrimonio no han salido.

El Juzgado decidió de conformidad con la demanda, en sentencia de 19 de noviembre de 1932, que el Tribunal Superior de Medellín confirmó en la de 30 de junio de 1934. Va a decidirse el recurso de casación interpuesto por el demandado Julio C. Loaiza.

Es causal única aducida por el recurrente la violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, en el concepto de exigir esta disposición interés en el demandante de la nulidad absoluta y no poderse reputar, en sentir del recurrente, que el acreedor, por el mero hecho de serlo, y aduciendo esta sola calidad, sea el interesado a que aquella

disposición concede la potestad de demandar la nulidad que reglamenta.

La Corte, no sin alabar la precisión y concisión de la demanda de casación que en forma clara formula el cargo y que lo sostiene aduciendo sentencias de esta Corporación transcritas en lo pertinente, no lo encuentra fundado.

El personal actual de la Corte, al igual de Magistrados de períodos anteriores que en varias de las aludidas sentencias salvaron su voto, estima que el interés del acreedor no está excluído del sentido y alcance que a esta palabra interés da el citado artículo 15, y sobre este concepto dictó, por ejemplo, la sentencia de 29 de mayo de este año, en que reconoce el interés del acreedor, como tal, en la anulación de enajenaciones de su deudor, en pleito muy análogo al presente:

Es obvio que si a alguien interesa que no merme o decrezca el patrimonio de otro es a quien de éste es acreedor. Basta al efecto a más de innúmeras razones que saltan a la vista, recordar el derecho que al acreedor, por solo serlo, confiere el artículo 2488 del C. C. sobre todos los bienes de su deudor, raíces o muebles, sean presentes o futuros.

Los fallos que cita el recurrente en que, no siempre por unanimidad, prevaleció la doctrina contraria, esto es, la que entre los interesados no puede entenderse que figuran los acreedores, obedeció, sin duda, como en algunos de aquellos que se hace presente, a la circunstancia de tener los acreedores ya la que de antiguo se llamó acción pauliana, consagrada en el artículo 2491 de nuestro C. C., ya la del artículo 161 del C. Co., en su caso.

Pero al respecto cabe observar: existir una acción no es razón, en tesis general, para por eso solo conceptuar que no exista otra que conduzca, por senda más o menos diferente, al mismo resultado perseguido por aquélla; por el contrario, suele haber pluralidad de medios y de recursos para conseguir un fin dado y pluralidad de acciones para, ejercitándolas, obtener un derecho.

Además, a estos respectos cabe observar: para las acciones y recursos del artículo 161 se necesita por parte del deudor un estado de quiebra, y para los del artículo 2491 que se le haya abierto concurso de acreedores o haya hecho cesión de bienes.

Esos casos, por sus circunstancias singulares determinan una situación especial para la persona misma y, sobra decirlo, para sus bienes. No sería jurídico que los derechos del acreedor estuviesen a merced de que se hayan producido previamente o no esas circunstancias, que no siempre está en sus manos producir o evitar o conducir a que se produzcan o eviten. Como no sería jurídico tampoco distinguir entre los acreedores, donde la ley no distingue, a fin de establecer en cada caso si pudieron o no pudieron acogerse a alguno de aquellos artículos.

La ley, que lejos de fomentar actos o contratos viciosos, antes bien facilita el pronunciamiento de la nulidad que por viciosos los castiga, atribuye, lógicamente, la potestad de alegarla a todo el que tenga interés en ello; tales las palabras del citado artículo 15, sin más excepción que, por vía de sanción personal, la de quien a sabiendas ejecutó el acto o celebró el contrato nulos.

La preocupación y gestiones de la Superintendencia Bancaria y la labor de su abogado, que el recurrente cita en apoyo de su tesis, concurren a justificar la doctrina actual de la Corte, pues sintetizan los más graves males derivados de ser desoídos los acreedores, como venían siéndolo, cuando se presentaban a alegar la nulidad absoluta de las enajenaciones ficticias de sus deudores, a pretexto de no ser interesados en el sentido requerido por el citado artículo 15. Nótese que el fundamento de aquellos funcionarios para solicitar ley que autorice al acreedor a ejercitar tal acción en su caso, es que, según el informe del Superintendente Bancario dirigido al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y parcialmente transcrito por el recurrente en su demanda de casación que aquí se estudia, "...hasta ahora la jurisprudencia tiene admitido que los acreedores carecen de personería sustantiva para ejecutar la acción de simulación de contratos efectuados por sus acreedores con terceros".

Como se ve, a lo que esta observación se refiere es a la jurisprudencia que a la sazón venía prevaleciendo no a la ley misma; y es—repítese—una razón más que se añade a las poderosas de derecho en que el personal actual de la Corte fundó la jurisprudencia en que hoy insiste.

Son de la sentencia de 29 de mayo último citada los siguientes apartes:

"Tanto el artículo 1742 del C. C. 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, 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.

"Se ha creído que al acreedor no asiste más acción, como tal, que la consagrada en el artículo 2491 del C. C. 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 este concepto es incaeptable. Basta ver que cada una de estas dos disposiciones contempla su caso, distinto del de la otra. El 2491 mira el 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 determinada condición 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 y 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 contra 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 forma 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". (G. J. Nº 1897, pág. 25).

Y en sentencia de 21 de junio del presente año la Corte dijo:

"Las nulidades absolutas por su carácter de nulidades de orden público y por constituír, como constituyen, una sanción de las reglas 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 manera más técnica a las consecuencias que se derivan de la naturaleza misma de la nulidad absoluta—establece que sólo puede alegarla el que tiene 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 interés de esos que la ley exige para poder alegar la nulidad absoluta".

Se rechaza, pues, el cargo de violación del citado artículo 15, que es el único formulado en el caso presente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín el treinta de junio de mil novecientos treinta y cuatro.

Sin costas por no aparecer que se causaran.

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 ppdad.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

Cuando el contrato de arrendamiento de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y substraerse a sus compromisos. Para que exista a cargo del demandado en juicio sobre pago de servicios la responsabilidad contractual, se requiere la presencia de estas cuatro condiciones: a) La culpa de él; b) La ausencia de un derecho superior en cabeza del arrendatario; c) Un perjuicio moral o físico en el patrimonio del arrendador; d) Violación del derecho contractual de éste. La convención sobre arrendamiento de servicios es una ley que cumple, respecto de las personas que se sometieron a su imperio, el doble papel represivo y preventivo de toda ley. Impone, por consiguiente, a cada parte, cierta actividad que garantice la realización de la prestación prometida, y le prohibe implícitamente los actos u omisiones que hagan esa prestación imposible o deficiente. De ahí que la noción de culpa contractual y extracontractual sea idéntica. Y la culpa, consiste en un acto del deudor que se halla en relación causal con la inejecución de la obligación. Incurrir en culpa es faltar a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, y estos deberes comprenden lo mismo el hecho de conducirse con prudencia que el de ejecutar las obligaciones que se contrajeron en el contrato. La obligación de proveer al pago de los arrendamientos forma parte de las que en doctrina se denominan «de resultado», porque su contenido está claramente indicado en el contrato mismo. En los casos de obligaciones de resultado, para saber si se ha faltado a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, le basta al juez examinar si el deudor no procuró a su acreedor el resultado prometido. Comprobar que ese resultado no fue obtenido, es establecer al mismo tiempo la culpa contractual. No procede la casación por la causal segunda del artículo 520 del C. J., cuando la acusación se apoya en la parte motiva de la sentencia y no en la parte resolutiva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos treinta y cinco.

Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica.

Materia del pleito.

El 4 de julio de 1930, ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, Angel María Uricoechea demandó en juicio ordinario a la sociedad comercial Marconi's Wireless Telegraph Company, Ltd., domiciliada en Londres, Inglaterra, con negocios en Colombia.

Es esta la síntesis de los hechos de la demanda: Angel María Uricoechea prestaba sus servicios a la sociedad demandada como Jefe de la Oficina de Contaduría de Tráfico y contador de tráfico, desde hacía más de seis años. En diciembre de 1928, con motivo de que Uricoechea avisó a la Marconi's Wireless Telegraph Company, Ltd. que el Banco de Bogotá solicitaba sus servicios, ella celebró un contrato verbal con el demandante, en virtud del cual garantizó a éste mantenerlo en el empleo durante dos años, a partir del 1º de enero de 1929 y a continuar pagándole el mismo sueldo de $ 180.00 mensuales, contrato que se ratificó por medio de las cartas de 25 de diciembre de 1928 y 3 de enero de 1929. El 31 de diciembre de 1929, la sociedad demandada despidió a Uricoechea, cuando faltaba un año para cumplirse el plazo de la convención.

Como consecuencia de aquellos hechos, el demandante suplica que se declare la existencia del contrato de prestación de servicios, ajustado entre Uricoechea y la demandada: Que, a causa de su terminación unilateral por parte de la Marconi's Wireless Company Ltd., ésta debe al demandante los sueldos mensuales durante el año que faltaba para el cumplimiento de lo pactado; que, como consecuencia de la violación de ese contrato, se condene a la sociedad demandada a pagar al demandante la cantidad de "dos mil ciento sesenta pesos" ($ 2,160.00) valor del año que faltaba, a razón de ciento ochenta pesos mensuales, así como al pago de los perjuicios e indemnizaciones (lucro cesante y daño emergente), estimados por avalúo pericial, costas y costos del juicio".

El Juzgado sentenció en el sentido de declarar probada la excepción de extinción de la obligación, por razón de que Uricoechea incumplió el contrato. Absolvió, por lo tanto, a la sociedad demandada y la condenó al pago de doscientos pesos por no ha-

ber traído a los autos la prueba que solicitó a país extranjero, para cuya producción fueron ampliados los términos.

Sentencia acusada.

El Tribunal Superior de Bogotá, el 26 de abril de 1934, condenó a la Marconi's Wireless Telegraph Company Ltd. a pagar a Uricoechea "la suma de dos mil ciento sesenta pesos, y el interés legal que cada cuota mensual de ciento ochenta pesos devengue, a partir del día en que cada una de esas cuotas debía ser cubierta, siendo la primera el día 31 de diciembre de 1930, y pagar también la cantidad a que condenó el Juzgado, por la misma razón que éste adujo.

Fundamentos del recurso.

El recurrente acusa la sentencia por las causales 2ª y 1ª del artículo 520 del Código Judicial y sus argumentos son los que se resumen en el presente capítulo.

En el libelo, de manera clara, se expresa, como cuestión fundamental, se condenara al pago de una suma determinada de dinero "en cumplimiento de una obligación contractual" y al "pago de una indemnización por incumplimiento de un contrato", indemnización que debía ser estimada pericialmente.

El Tribunal condenó a la cantidad líquida indicada por el demandante, pero no por el concepto que éste adujo, sino como monto del daño emergente, y condenó al pago de los intereses legales, los cuales no fueron pedidos por el actor. Esto es, se ha condenado a más de lo pedido. La consonancia de la sentencia con las pretensiones aducidas por el actor, no existen, desde luego que se decidió una cuestión distinta a la de la intención de la demanda y se dejó de decidir otra cuestión clara y expresa en ésta.

El Tribunal aplicó indebidamente los artículos 1505 y 2186 del Código Civil y 454 del Código de Comercio, porque incurrió en error de hecho al apreciar la prueba consistente en el poder que confirió The Marconi's Wireless Telegraph Company a Bercelio Becerra Araújo.

El poder cuya protocolización se hizo en la Notaría 3ª de Bogotá el 25 de julio de 1924, por medio de la escritura Nº 1279, no confirió facultad a Becerra Araújo para emplear contadores por cuenta de la sociedad en Colombia. Ese poder es especial y se concretaba a las gestiones ante el Gobierno colombiano para fundar y establecer estaciones de telegrafía y telefonía inalámbricas en el territorio de esta república, pero no se facultó a Becerra Araújo para administrar y dirigir las estaciones de radio que estableciera la compañía en el país, ni para dirigir el ramo comercial en el tráfico.

El error del Tribunal se debe a que éste acogió la tesis del juzgador, el cual se limitó a estudiar la cláusula 11 del contrato de mandato, sin relacionarla con las otras. El mandatario estaba autorizado para emplear los servicios de contadores para las operaciones que debía gestionar con el Gobierno, pero no para los negocios de la sociedad en Colombia.

En la cláusula 1ª del poder consta que Becerra Araújo está autorizado para "celebrar y adelantar negociaciones con el Gobierno de Colombia y con cualesquiera otras personas y sociedades representantes de dicho Gobierno", para el uso y establecimiento de estaciones inalámbricas, telegráficas y telefónicas. La cláusula 3ª faculta al mandatario para obtener del Estado colombiano "patentes, decretos, contratos, derechos, privilegios y concesiones".

Las cláusulas 3ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª y 10ª se refieren a facultades ajenas a la "administración, manejo y dirección de los negocios, o de los servicios radiotelegráficos o radiotelefónicos, o de los negocios comerciales, su gestión y administración". Las cláusulas 12, 13 y 14 "tampoco implican facultad de gerencia o manejo de los negocios mercantiles".

La cláusula 11 del poder viene en realidad a limitar la facultad del apoderado para contratar servicios. De ahí que la sociedad demandada no quedó obligada para con Uricoechea en virtud del contrato que éste celebró con Becerra Araújo, porque los servicios de contador de tráfico son propios de la explotación comercial del negocio de radiotelegrafía y Becerra Araújo carecía de autorización, según el mandato, para celebrar esa clase de negocios.

El Tribunal ha debido aplicar los artículos 2157 y 2158 del Código Civil, a causa de que el apoderado obró fuera de los límites del mandato.

Ese error de hecho indujo al sentenciador a no aplicar el artículo 454 del Código de Comercio, porque en el poder de la Marconi's Wireless Telegraph Company Ltd. se restringieron las facultades del mandatario, por el hecho de enumerar las que se le conferían.

En la misma cláusula 11 en que se apoya el Tribunal, se dice que el apoderado puede contratar los servicios de contadores y de otras personas, para las operaciones que por medio del mandato se le autoriza llevar a cabo, y el Tribunal no analizó si las actividades de Uricoechea estaban comprendidas dentro de esas operaciones.

Violó la sentencia el artículo 1546 del Código Civil, porque apreció erróneamente, de hecho, la litis contestatio, la demanda, las posiciones absueltas por el demandado, las declaraciones, etc.

El Tribunal, al afirmar que no aparecen de autos, determinados, los servicios que debía prestar Uricoechea, incurrió en un máximo error de hecho, pues basta con la definición que del oficio de contador da el Diccionario de la Real Academia Española para precisar, inequívocamente, lo que significa ese oficio, y por lo tanto las actividades que para desempeñarlo debe desarrollar el arrendador de esos servicios de contador. Si el Tribunal halló perfecto el contrato celebrado por Becerra Araújo con Uricoechea, es porque ante todo el objeto de la convención debía estar determinado, ya que de lo contrario el fallador, de acuerdo con el artículo 1517 del Código Civil, habría tenido que declarar nula la convención. De las posiciones absueltas por Uricoechea aparece por propia confesión que desempeñaba el cargo de contador de cuentas y que debía "conocer y entender para el desempeño de sus funciones, las tarifas, proporciones y contabilidad encasillada o abstractos".

En subsidio, para el caso de que se encuentre que el Tribunal no incurrió a este respecto en error de hecho, alegó error de hecho contrario, o sea, el que consiste en que se consideró suficiente prueba del objeto del contrato, las cartas del 25 de diciembre de 1928 y 3 de enero de 1929, la confesión del actor en posiciones y en la demanda, siendo así que el contrato carece de objeto.

El Tribunal, al afirmar que en la carta en que se despide a Uricoechea sólo se le hace el cargo de que rehusó cumplir algunos trabajos que se le pidieron y se ignora si éstos entraban dentro de sus deberes de contador, incurrió en error de hecho, porque no observó la frase de la carta que dice: "Labor de la cual es usted responsable". Ahora bien. Ser responsable de un trabajo equivale a corresponderle hacer un trabajo. El error de hecho cometido por el Tribunal en la apreciación de la declaración de Forero, que consiste en que al decir el testigo "un trabajo relacionado con su puesto", expresa qué clase de trabajo era el de Uricoechea, porque equivale a decir "un trabajo relacionado con la contabilidad de tráfico".

En cuanto a la estimación que hizo el Tribunal de la declaración de Harris, comete algo más que un error, incurre en una contradicción absurda, porque sostiene que el testigo Harris "no declara si la labor que se negó a ejercitar Uricoechea era alguna de las obligaciones que tenía en su carácter de contador. Este inaudito error del Tribunal es inexplicable, desde luego que Uricoechea confesó que los abstractos o contabilidad encasillada correspondían a sus funciones de contador.

Por último, el Tribunal estudió aisladamente cada una de las pruebas, y no, como lo hizo el juez, en su conjunto, motivo por el cual afirmó que no estaba demostrada la violación del contrato por parte de Uricoechea.

Estos errores son causa de que el Tribunal no hubiera dado aplicación a los artículos 1608, numeral 1º; 1609 y 1546 del Código Civil; 607, 645, 637, 606 y 604 del Código Judicial.

El Tribunal aplicó indebidamente los artículos 607 y 606 del Código Judicial, al apreciar las posiciones absueltas por Bercelio Becerra Araújo y la declaración rendida por éste. El apoderado de The Marconi's Wireless Telegraph Company Ltd. no estaba autorizado para comparecer en juicio en representación de la compañía, porque para ser válidamente demandado, necesitaba instrucciones previas por escrito de su mandante.

Tampoco, por razón del poder, podía confesar judicialmente, porque no estaba facultado por escrito en este juicio para ello, motivos por los cuales el Tribunal dejó de dar aplicación a los artículos 693 y 696 del Código Judicial, al considerar, como lo hizo, con valor legal las referidas pruebas.

El Tribunal aplicó indebidamente el artículo 657 del Código Judicial y los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo Nº 3 de 1906.

El Tribunal, al hablar de las cartas dirigidas por The Marconi's Wireless Company Ltd. a W. A. Craigg y a Becerra Araújo, reconoce que están legalizadas, pero que no en debida forma, porque usa de la palabra "debidamente".

Este error proviene de que aplicó el artículo 657 del Código Judicial, artículo que había sido derogado por el 1º de la Ley 39 de 1933. La falta de reconocimiento del documento por el "Ministerio de Relaciones Exteriores de la Gran Bretaña", no está exigida por el citado artículo. A causa de esto, el Tribunal hizo un análisis superficial, erróneo e infundado de esas cartas.

Pudo el Tribunal haber pretendido que las cartas se hubieran ajustado a lo que previene el artículo 3º del Decreto Legislativo citado, lo cual es también error manifiesto, porque ese artículo se refiere a los poderes que deben protocolizar las sociedades extranjeras en Colombia, pero no a contratos de otra clase, y como consecuencia de ello violó los artículos 1º y 2º del mismo Decreto.

El Tribunal violó el artículo 445 del Código de Comercio Terrestre, porque lo aplicó indebidamente al caso del pleito.

Al suponer que se estableció un vínculo jurídico entre la sociedad demandada y Uricoechea, cuyo objeto era el de prestación de servicios, el Tribunal no ha debido aplicar el artículo 445 del Código de Comercio Terrestre, porque la naturaleza del contrato no era de preposición, sino de arrendamiento o prestación de servicios. El Capítulo IX del Título XXVI del Libro IV del Código Civil, regula esta materia, y los servicios de contador son precisamente los que se adaptan a la regla del artículo 2064 del Código Civil, porque en ellos "predomina la inteligencia sobre la obra de mano, pero no constituyen carrera o profesión que suponga largos estudios, como sucede con la abogacía, la medicina, la ingeniería, la veterinaria, etc." El arrendamiento de servicios inmateriales, no es un contrato que pueda asimilarse al de la preposición, en el cual existe el mandato comercial.

Dado que "los servicios de los contadores o contabilistas no son una profesión que exija largos estudios, porque los conocimientos teóricos necesarios para ser contador son limitados, llanos y hasta cierto punto triviales, lo cual hace que en corto tiempo lleguen a convertirse en una labor casi mecánica; no sucede lo propio con la medicina, la abogacía la ingeniería, etc., etc., en las cuales el campo especulativo y las condiciones teóricas son ilimitadas, prácticamente, porque no bastaría la vida toda de un hombre para llegar a dominar en ese terreno los conocimientos de tales ramas del saber humano. Por el contrario, los contadores se asemejan más a los secretarios asalariados, preceptores, ministriones y cantores, que a los médicos, abogados, etc., etc.; por tanto, los contratos que celebren los contadores para la prestación de sus servicios, deben regirse por las disposiciones del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y de los contratos para confección de obra material, como lo ordena expresa y claramente el artículo 2063 del C. C."

Entre esas normas está la del artículo 2056, que es la aplicable en este caso. En la preposición va envuelto un mandato comercial, porque así lo dicen los artículos 332 y 436 y siguientes del Código de Comercio. Es imposible saber qué representación de su patrono tiene el contador, ni a qué clase de gestiones o contratos obliga al patrono, ni cuáles establecimientos comerciales, industriales o fabriles administra.

El contador no es dependiente de comercio, porque no tiene la gestión de las operaciones "relativas a una parte del giro del establecimiento, como lo define claramente el inciso 3º del artículo 435 del Código de Comercio". El dependiente de comercio está comprendido entre los mandatarios comerciales, y la diferencia entre factor y dependiente de comercio, es la de que aquél administra todo el negocio y éste sólo una parte de la empresa, pero ambos son gestores. El contabilista no administra, ni gestiona, ni, por lo tanto, ejerce ningún mandato. Por este motivo no se rige por el Código de Comercio el contrato actual, sino por el Código Civil.

Confirma lo anterior la circunstancia de que el demandante citó, como fundamento de su acción, los artículos del Código Civil relacionados directa o indirectamente con el negocio, pero no citó el artículo 445 del Código de Comercio, en que apoyó el Tribunal su sentencia.

Motivos

El 25 de diciembre de 1928, Uricoechea escribió esta carta al representante de la compañía demandada:

"Acabo de obtener una propuesta del señor Foción Soto U. para ocupar una posición en el Banco de Bogotá. Como ya estoy acomodado en el puesto que he venido desempeñando por varios años en la Compañía Marconi y, como no se me oculta que ésta es una empresa de porvenir en la cual

indudablemente podré mejorar, deseo saber, antes de decidirme, si puedo contar con el puesto siquiera por dos años más, siempre que la compañía esté satisfecha con mis servicios y mi conducta".

La contestación le fue dada el 3 de enero de 1929, en los siguientes términos:

"En respuesta a su carta del 25 de diciembre, por medio de la cual usted me manifiesta que ha recibido una proposición del Banco de Bogotá, para prestar a éste sus servicios, por largo tiempo, pero que prefiere continuar con la Compañía Marconi, si ésta le da la seguridad de conservarle su empleo, por un período siquiera de dos años. En respuesta tengo el gusto de dar a usted la seguridad que solicita, siempre por supuesto, que la compañía, como no lo dudo, esté satisfecha en ese período de tiempo, con la consagración de usted, y la eficacia de sus servicios, como lo está hasta la fecha".

Cuando el contrato de arrendamiento de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y substraerse a sus compromisos.

Por medio de la carta cuyo contenido en seguida se transcribe, la sociedad demandada, el 31 de diciembre de 1929, unilateralmente, puso fin al contrato y despidió al arrendador:

"Tenemos que informar a usted que desde esta fecha, 31 de diciembre de 1929, los servicios de usted no serán más necesarios. Esta decisión se ha tomado como resultado de una reorganización del personal del Departamento de Cuentas de Tráfico, y según los nuevos arreglos llevados a cabo, el puesto de usted no se considera necesario. Aunque lo que antecede es el motivo principal de esta determinación, se observó de modo particular el hecho de que, en presencia del señor Interventor del Gobierno y de algunos otros miembros del personal, usted rehusó de manera enfática dar cumplimiento a ciertos trabajos que se le exigieron, no obstante que en ese momento usted estaba sencillamente duplicando de modo innecesario el trabajo de la mecanógrafa, siendo de observarse el hecho de que las cuentas de tráfico están considerablemente atrasadas por causa de enfermedad de algún empleado, y usted no ha hecho esfuerzo alguno para ayudar en esta labor de la cual es usted responsable. En vez del aviso anticipado se pagará a usted su sueldo hasta el fin de enero próximo. Sírvase usted entregar todas las llaves y los asuntos pendientes al señor Eugenio Forero".

Aparece, pues, que el móvil determinante de la Marconi, o el motivo principal que ella tuvo para despedir a Uricoechea, fue el de considerar innecesario el puesto de éste, como resultado de la reorganización que ella hizo del personal del departamento de cuentas de tráfico.

Es por lo tanto la responsabilidad contractual, la que debe sancionar la inejecución de la obligación nacida del mencionado contrato.

Para que exista a cargo de la demandada la responsabilidad contractual, se requiere la presencia de estas cuatro condiciones: a) La culpa de ella; b) La ausencia de un derecho superior en cabeza de la arrendataria; c) Un perjuicio moral o físico en el patrimonio del arrendador; d) Violación del derecho contractual de éste.

De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, la convención sobre arrendamiento de servicios ajustada por dos años entre la Marconi's Wireless Telegraph Company Ltd. y Uricoechea, es una ley que cumple, respecto de estas dos personas que se sometieron a su imperio, el doble papel represivo y preventivo de toda ley. Impone, por consiguiente, a cada parte, una cierta actividad que garantiza la realización de la prestación prometida, y le prohíbe implícitamente los actos o las omisiones que hagan esta prestación imposible o deficiente.

De ahí que la noción de culpa contractual y extracontractual sea idéntica. Y ella, la culpa, consiste en un acto del deudor que se halla en relación causal con la inejecución de la obligación. Incurrir en culpa es faltar a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, y estos deberes comprenden lo mismo el hecho de conducirse con prudencia que el de ejecutar las obligaciones que se contrajeron en el contrato.

La obligación de la compañía tenía por objeto un hecho determinado, a causa de lo cual forma parte de las que en doctrina se denominan de "resultado", porque su contenido está claramente indicado en el contrato mismo. Esa obligación constriñe a la sociedad a proveer al pago de los arrendamientos estipulados, conforme a lo deseado por Uricoechea en la convención.

La culpa de la demandada consiste en el hecho de haber despedido a Uricoechea, por cuanto este acto tuvo como efecto directo

la inejecución de la obligación contraída por ella.

En los casos como el presente, de obligaciones de resultado, para saber si se ha faltado a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, le basta al juez examinar si el deudor no procuró a su acreedor el resultado prometido. Verificar que este resultado no fue obtenido, es establecer al mismo tiempo la culpa contractual.

Tal ha acontecido en este pleito. Para que el hecho del despido de su empleado con la consiguiente falta de pago, no constituyera culpa de la Marconi, sería necesario que ésta hubiera probado que ese hecho tuvo como causa un acontecimiento extraño a ella; por ejemplo, el de la culpa del arrendador del servicio, o sea, la inejecución por parte de Uricoechea de su obligación; o la fuerza mayor, o el caso fortuito. Porque se puede afirmar que en materia de obligación contractual determinada, o, lo que es lo mismo, de resultado, toda inejecución es culposa cuando no proviene de una causa extraña.

Aparece evidente la presencia en este juicio de la segunda de las condiciones enunciadas, porque la sociedad no acreditó ser sujeto de un derecho extracontractual que le atribuyera un poder contrario al cumplimiento de su obligación contractual. En el contrato de trabajo, especialmente, existen para las partes derechos superiores a los que ellas adquirieron por la convención. Así, por ejemplo, para el patrón, el derecho, basado en el principio constitucional de la libertad de industria, a cerrar su empresa por causas que no sean de carácter antisocial; y para el empleado, el derecho, corolario del principio también institucional de la libertad de trabajo, a la huelga por motivos no políticos.

La tercera y la cuarta de las condiciones memoradas es evidente que existen, porque la lesión ha sido causada a Uricoechea en un bien suyo que estaba jurídicamente protegido. Y como su derecho es a la prestación prometida, claro está que la inejecución por parte de la compañía de su obligación, violó ese derecho.

Con la terminación culposa por parte de la sociedad del contrato de arrendamiento de servicios, se extinguió ilícitamente el derecho de Uricoechea al cumplimiento de la prestación que contrajo la arrendataria de pagarle un sueldo de ciento ochenta pesos mensuales durante el año que faltaba para el vencimiento del plazo, y de ahí surgió el derecho a cobrar indemnización. El perjuicio sufrido por el patrimonio económico del arrendador no es distinto en su cuantía del valor total de aquel derecho.

Es verdad que, debido a la naturaleza misma del contrato de arrendamiento de servicios, la parte perjudicada carece de medios de coacción directa contra la que puso término intempestivamente a la convención para que cumpla la prestación prometida.

Solamente cuando se trata de contratos cuya ejecución continúa siendo jurídicamente posible, o que son susceptibles de resolución, es cuando el demandante no puede pedir, directa y simplemente, indemnización de perjuicios, sin intentar a la vez, bien el cumplimiento forzado de la convención, o bien la resolución de ésta. En ambos casos, por consiguiente, la acción de resarcimiento del daño contractual debe ser siempre accesoria, porque la obligación de indemnizar perjuicios no proviene del contrato mismo, sino de su inejecución consumada o de un rehusamiento a cumplir la prestación que equivalga a su inejecución.

Es cierto que Uricoechea en su demanda no ejercitó, directa y simplemente, como debió haberlo hecho, la acción en indemnización de perjuicios, sino que, aun cuando no lo dijo de manera expresa, puede inferirse que suplicó a la vez el cumplimiento forzado de la convención. Por eso esta ambigüedad de que adolece el libelo, hace jurídica la interpretación que le dio el Tribunal, en los siguientes considerandos de la sentencia:

"En síntesis, el demandante pide el pago de una indemnización, a que considera tener derecho, a causa de la violación del contrato celebrado con la Marconi's Wireless Telegraph Company Ltd., sobre prestación de servicios".

"A Uricoechea se le pagó durante el primer año del contrato, la cantidad de ciento ochenta pesos mensuales, como sueldo; es decir, que el daño emergente por la violación del contrato se halla representado por la cantidad que a éste debía pagársele durante el año que faltaba para expirar el contrato, y el lucro cesante, está representado por el interés legal de cada una de las mensualidades, a medida que éstas debieran ser pagadas".

A virtud de lo expuesto, se rechaza el cargo de error de hecho en la apreciación de la demanda.

2º Se reitera jurisprudencia, según la cual no procede la casación por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, cuando la acusación se apoya en los considerando de la sentencia, como es el caso actual, y no en el fallo de los mismos.

3º Para que haya error de hecho se requiere que lo manifieste el documento auténtico que se ha indicado por el recurrente para patentizar la equivocación del juzgador.

El Tribunal determinó el alcance de la cláusula del poder conferido por la demandada al mandatario Becerra Araújo, pero no desconoció la existencia de esas cláusulas, ni prescindió de ninguna de ellas, en el análisis que hizo para fijar su sentido. Además, el Tribunal no se atuvo solamente a ese documento, cuando decidió que Becerra Araújo tenía autorización para contratar servicios de contadores, sino que también se apoyó en las notas que dirigió la compañía a W. C. Craigg y a aquél, en donde aparece que la mandante retiró a Becerra la facultad para dirigir el personal de la empresa, pero no la de contratarlo.

La Corte observa que la sociedad demandada ha sido temeraria en su defensa. No se justifica por el extremo ético ni por el legal, su empeño en esquivar la responsabilidad contractual, negando la autorización de Becerra Araújo para obligarla en el contrato de trabajo ajustado con Uricoechea. En la hipótesis de la extralimitación al respecto, del mandante por parte del mandatario, la Compañía Marconi ratificó tácitamente ese contrato, porque durante más de seis años aceptó los servicios del arrendador, los aprovechó y pagó el precio mensual del arrendamiento que éste convino con el mandatario de aquélla. Para que el Tribunal hubiera declarado improcedente la acción que ahora ejercita Uricoechea, nacida de su contrato de trabajo, sería necesario que la Marconi hubiera probado, de acuerdo con el artículo 2180 del Código Civil o con los artículos 138 y 139 del Código de Comercio, no sólo la palmaria extralimitación del mandato por parte del mandatario, sino también que Becerra Araújo dio a conocer suficientemente su poder a Uricoechea, o que aquél pactó en su propio nombre.

Ahora bien, la interpretación y criterio del Tribunal en la fijación del contenido y alcance del poder, debe prevalecer sobre el concepto propio y privativo del recurrente, porque no aparece que con esa interpretación del sentenciador se ha contrariado, de modo manifiesto, la voluntad de la sociedad mandante. El texto de ese poder, se repite, no revela de modo palmario que sea manifiestamente errónea o equivocada la interpretación que le dio el Tribunal, y por lo tanto pueda asegurarse que la voluntad del poderdante quedó con ella desconocida y quebrantada.

4º Por motivos iguales a las razones que inmediatamente preceden, no procede el cargo de error de hecho en la apreciación por el Tribunal de las pruebas consistentes en las posiciones que absolvieron Uricoechea y Becerra Araújo, los testimonios de Forero P. y Harris, y de la carta por medio de la cual se despide al demandante.

Además, el Tribunal no negó la naturaleza de los servicios que Uricoechea se obligó a prestar. Afirmó sí, lo cual es verdad, que no aparecen acreditadas las actividades propias de Uricoechea, dentro de la división del trabajo de los contadores de la empresa. Por último, el Tribunal tuvo en cuenta esta certificación escrita que Becerra Araújo y Oxenham, mandatarios de la Marconi, dieron a Uricoechea con posterioridad a su despido:

"En mi carácter de apoderado general de la Compañía Marconi en Colombia, y Gerente de sus negocios, me es grato certificar: Que el señor Angel María Uricoechea desempeñó por muchos años, con la mayor competencia, consagración y honorabilidad, el puesto de Contador para que fue designado. Desde el 1º de septiembre de 1929 la gerencia del departamento de negocios en que ha trabajado el señor Uricoechea, quedó a cargo de Mr. H. A. Oxenham, nuevo gerente nombrado por la Compañía. (Firmado) E. Becerra Araújo".

"Desde el 1º de septiembre de 1929 hasta el 31 de diciembre del mismo año, el señor Uricoechea figuró entre los empleados de mi dependencia como contador de tráfico, y su trabajo durante ese tiempo fue satisfactorio. (Firmado) H. A. Oxenham".

5º Las posiciones absueltas por Becerra Araújo no lo fueron en su calidad de apoderado judicial, porque no aparece acreditada tal calidad en este juicio, de acuerdo con las normas sobre reglamentación de la abogacía.

Por otra parte, de las posiciones de Becerra, las dos acusadas versan sobre hechos extraños a los contemplados en el artículo 607 del Código Judicial. En efecto, Becerra Araújo dice que estaba facultado para contratar los servicios de los empleados colombianos, porque los extranjeros ve-

nían contratados por la compañía, y que fue de su resorte siempre el nombramiento del personal colombiano hasta cuando llegó Oxenham.

6º No es procedente el cargo hecho al Tribunal respecto de la carta que la Marconi dirigió a Craigg. Ante todo, porque el sentenciador sí estimó esa prueba, y en seguida, porque el Tribunal lo que sienta es la hipótesis de que si se considerara tal documento como constitutivo de facultades para representar a la sociedad en relación con terceros, no aparecería debidamente legalizado en Colombia, esto es, registrado y protocolizado en una Notaría de esta ciudad. (Artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 2 de 1906).

7º En virtud de la teoría, en derecho comercial, de lo accesorio, existen actos que se reputan comerciales, no solamente porque ellos son ejecutados por un comerciante accesoriamente a su empresa comercial, esto es, al ejercicio de actos objetivos de comercio, sino también porque son realizados por un comerciante.

Ahora bien. Respecto de los empleados contratados por un comerciante, la naturaleza de la convención es civil, pero respecto del patrón, es comercial, porque el contrato de trabajo presenta, con el ejercicio de la profesión de comerciante, una relación estrecha.

De ahí que el Tribunal, al aplicar a la demandada el artículo 445 del Código de Comercio, actuó de acuerdo con la mencionada teoría de lo accesorio, a causa de que para ella son comerciales las sanciones provenientes del incumplimiento de sus prestaciones en el contrato de trabajo ajustado con Uricoechea.

Se observa que la diatinción hecha, no tiene entre nosotros importancia sino para el caso de poner en quiebra al comerciante por inejecución de sus compromisos de contrato de trabajo; porque, en lo relativo a la jurisdicción, no existen todavía organismos especiales encargados de dirigir las controversias provenientes de los arrendamientos de servicios, y, en cuanto a la prueba de estos contratos, se rige por el Código Civil, según lo previene el artículo 182 del de Comercio.

No es el dependiente de comercio, necesariamente, mandatario del comerciante que lo emplea, a la luz del artículo 457 del Código de Comercio.

A lo largo de este pleito se insinúa la pretensión de la parte demandada de tratar despectivamente la actividad de contador y de establecer cierta jerarquía entre los distintos oficios a que se dedica la humanidad. Esta pretensión no puede ser aceptada por la Corte. Para la justicia, todos los oficios, desde que sean honestos, son igualmente respetables y no responden a categorías sociales.

Por lo demás, ejercer una profesión cualquiera no es hacer ciencia sino practicar un arte. Las ciencias siempre son teóricas. Su división en puras y aplicadas no hace relación al objeto de ellas, el cual nunca es concreto sino abstracto, porque el objeto de la ciencia no es sino un punto de vista desde el cual se considera todo lo que puede considerarse desde dicho punto de vista.

El arte, en cambio, es la aplicación de la ciencia a un fin práctico. Por este motivo, los conocimientos que se requieren para la práctica de los oficios de médico, contabilista, abogado o preceptor, comprenden el conjunto de conocimientos de las distintas nociones científicas, cuyos valores se dan como probados, necesarias a dirigir la actividad determinada. De ahí que sea inexplicable la diferencia que pretende establecer el recurrente entre el arte del contador y el arte del abogado, desde el punto de vista del conocimiento abstracto.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 25 de abril de 1934, profirió en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas son de cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, estampíllese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente 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 ppdad.

REPETICION POR PAGO DE LO NO DEBIDO

No existe error de hecho cuando por el sentenciador se expresa una noción falsa o equivocada acerca del sentido de una ley. La cuestión de saber si la compensación sólo puede hacerse valer como excepción es asunto de derecho. La circunstancia de ser la compensación legal, no es óbice para que el principio de la extinción automática de las obligaciones coexistentes, sufra atenuaciones provenientes de la misma ley. Es suficiente que no se hubiera invocado a tiempo el beneficio de la compensación para decidir que quien tenía derecho a ella la renunció tácita y válidamente, porque la virtud extintiva de la compensación no es de orden público, lo que no implica que el acreedor no pueda cobrar después su deuda, inclusive por compensación con otras deudas (arts. 1715 y 1719, C. C.). Cuando la ley reconoce varios medios para la actuación de un derecho, la prescindencia de uno de ellos no impide hacer uso de los otros, siempre que esto se haga sobre la base de la oportunidad jurídica. La cesión es un contrato, por medio del cual el acreedor anterior trasmite al nuevo acreedor el crédito mismo y no simplemente su ejercicio, salvo estipulación que cambie, limite o modifique los efectos de aquélla.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre tres de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica)

Hechos jurídicos de la sentencia

El 22 de marzo de 1934, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia del Juzgado 7° Civil de este mismo circuito, dictada en el sentido de no acceder a pronunciar las declaraciones pedidas en el libelo de la demanda ordinaria de Roberto Tobón contra la Compañía de Mosaicos Hidráulicos.

La materia de este juicio ordinario consiste en la repetición de $ 25,273.70 que Roberto Tobón pretende haber pagado sin deberlos, por consecuencia del fenómeno de la compensación, a la sociedad demandada como causahabiente ésta, a título singular, de Jesús María Tobón, en el juicio ejecutivo que éste entabló contra el actual demandante para cobrarle el crédito que consistía en aquella suma. Se funda el demandante en que no debía tal suma, por estar compensada con créditos preexistentes a su favor y a cargo de Jesús María Tobón.

El Tribunal, en su sentencia, niega el derecho a repetir por pago de lo no debido, conceptuando que el demandante renunció tácitamente a la compensación, porque no la invocó en tiempo y pagó a sabiendas de la existencia de los créditos que él afirma que habría podido oponer.

Después de vencido el plazo para aducir excepciones en aquel juicio ejecutivo seguido por Jesús María Tobón, cedió éste a la Compañía de Mosaicos Hidráulicos el crédito que allí cobraba a Roberto Tobón. En el momento de notificarse al deudor la cesión del crédito, éste manifestó no aceptarla, porque, a su turno, tenía derechos en contra del cedente, los cuales haría valer, bien en ese mismo juicio ejecutivo o en otro distinto.

Negada la acción de pago de lo no debido, que es la materia del presente pleito, el demandante recurrió en casación contra el fallo del tribunal.

Materia del recurso

Acusa la sentencia como violatoria de los arts. 666, 1494, 1718 y 1719 del Código Civil, por el triple aspecto de la causal primera del art. 520 del Código Judicial, y fundamenta el recurso en tres capítulos, cuyo resumen es éste:

a).—El Tribunal incurrió en error de hecho al considerar que Roberto Tobón únicamente podía hacer valer sus derechos "como excepción en el juicio ejecutivo que le siguió, primero Jesús María Tobón y después la Compañía de Mosaicos Hidráulicos, en su calidad de cesionaria de éste, y no en juicio ordinario como acción principal encaminada al mismo objeto".

A consecuencia de este error, el Tribunal atribuyó a Roberto Tobón la renuncia tácita de su derecho de compensación.

Cuando el interesado tiene varios medios para obtener el reconocimiento de un derecho, la prescindencia de uno de ellos no implica renuncia al derecho, porque puede valerse de los otros medios, en virtud de que los cree más seguros y eficaces. El juicio ordinario es medio propio de reivindicación.

El cesionario de un crédito contrae la responsabilidad consiguiente a la reserva que el deudor cedido hace de los derechos que tiene contra el cedente, y el art. 1718 del Código Civil no previene, para la extinción de la obligación, forma distinta de las ge-

nerales que regulan a este respecto la materia, ni tampoco, ese artículo, crea una acción determinada.

Como en el juicio ejecutivo el ejecutado no puede proponer sino por una sola vez las excepciones que crea tener a su favor, y dentro de un término dado; la tesis del Tribunal conduce a impedir el derecho a la compensación, con solo ceder el crédito, bien después de haberse vencido el aludido plazo, o bien con posterioridad a la presentación de la demanda de excepciones.

b).—El Tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba consistente en la diligencia de notificación de la cesión del crédito, porque excluyó todo medio de defensa para el ejecutado, distinta al de hacer valer su derecho de compensación en el mismo juicio ejecutivo.

La reserva que de sus derechos hizo el ejecutado en el momento de la notificación de la cesión del crédito, creó a cargo del "cesionario un derecho personal, o crédito, que encaja en el art. 666 del Código Civil"; por cuyo motivo, contra lo supuesto por el Tribunal, la manera de hacer efectivo el correspondiente derecho no está sometida a un determinado procedimiento, sino a las reglas propias de su creación".

Además, el cesionario no puede adquirir sobre el crédito cedido derechos diferentes de los que sobre éste tenía el mismo cedente.

c)—El Tribunal incurrió en error de derecho al apreciar los casos que norman los arts. 1718 y 1719 del Código Civil. El primero procede cuando el deudor cedido acepta sin reserva la cesión del crédito, o cuando se niega a ello porque quiere oponer al cesionario los créditos que tiene contra el cedente, adquiridos antes de la notificación de la cesión. Procede el segundo artículo cuando el deudor ha aceptado sin reserva la cesión, porque ignoraba el crédito que podía oponer a su deuda.

El Tribunal considera que hay renuncia tácita del derecho de compensación por parte del deudor cedido, cuando éste ha aceptado la cesión con reserva de su derecho y no propone la excepción de compensación en el mismo juicio ejecutivo.

Con semejante consideración se desconoce que no puede existir renuncia tácita de un derecho adquirido si se omite un medio de defensa, siempre que subsistan otras maneras de hacerlo efectivo.

Según la ley, la ignorancia de un crédito a favor del deudor cedido contra el cedente, equivale a la no aceptación de la cesión, "pues es de suponerse que sólo por ignorancia puede dejar de hacerse la manifestación de no aceptación de una obligación que puede compensarse con otra".

Las conclusiones del Tribunal se deben también a que creyó que la compensación era un favor legal y no un derecho.

"El Tribunal razonó así: Lógicamente la compensación que se produce por efecto de la ley debería ser definitiva; una obligación extinguida no puede en general revivir. Sin embargo, la equidad opone una solución contraria cuando el deudor paga ignorando un crédito que habría podido oponer en compensación. Se considera que la compensación es un favor legal, y que si no se invoca se puede exigir el pago del crédito extinguido, siempre que con ello no se perjudique a terceros. Así se dispone en el art. 1719 del Código Civil, y el 1718 contempla otro caso de renuncia tácita; éste produce en ambos casos el efecto de hacer revivir los créditos que habían sido extinguidos por compensación."

Para el Tribunal, pues, la compensación no es mirada como un derecho sino como un favor legal. De ahí las conclusiones a que llegó en su sentencia, las cuales son extrañas a la materia de los derechos y las obligaciones, a la luz de nuestro Código Civil.

Los favores, desde el punto de vista moral, pueden crear deudas, también morales, pero jamás están dentro de la esfera de las obligaciones civiles.

Motivos

1º—No existe error de hecho cuando por el sentenciador se expresa una noción falsa o equivocada acerca del sentido de una ley. (Ref. punto a).

El Tribunal no hace en la sentencia la declaración que le atribuye el recurrente, sino que se limita a observar que Roberto Tobón no propuso la excepción de compensación en el juicio ejecutivo que le siguió Jesús María Tobón.

Por otra parte, si existiera el error de que se acusa a la sentencia en el punto de que se trata, tal error sería de derecho y no de hecho, porque la cuestión de saber si la compensación sólo puede hacerse valer como excepción es asunto de derecho.

2º—La circunstancia de ser la compensación legal, no es óbice para que el principio de la extinción automática de las obligaciones coexistentes, sufra atenuaciones provenientes de la misma ley. Por lo tanto, es suficiente el hecho de que Roberto Tobón, conocedor de sus créditos oponibles, no hubiera invocado a tiempo el beneficio de la compensación, para decidir que renunció tá-

cita y válidamente a ella, porque la virtud extintiva de la compensación no es de orden público. Lo cual no implica que el acreedor no pueda cobrar después su deuda, inclusive por compensación con otras deudas (arts. 1715 y 1719 del C. C.).

Las partes están de acuerdo en cuanto a que la cesión del crédito se verificó después de haber expirado el término procesal para proponer excepciones.

Dada la naturaleza de los créditos compensables aducidos en el presente pleito, Roberto Tobón tenía conocimiento de la existencia de ellos desde antes de iniciarse el juicio ejecutivo que le entabló Jesús María Tobón, sin embargo de lo cual, aquél no propuso a éste la excepción de compensación.

Así, pues, no vale argüir que la notificación de la cesión del crédito de Jesús María Tobón a la Compañía de Mosaicos hidráulicos, se le hizo a Roberto Tobón, según lo afirma éste, cuando había vencido el término para proponer excepciones en el juicio ejecutivo; desde luego que tal juicio fue promovido por Jesús María Tobón, quien después cedió su crédito a la sociedad, el ejecutado bien pudo haber opuesto la compensación al cedente mismo antes de la cesión, o sea, durante el tiempo en que el cedente fue por sí mismo ejecutante.

Solamente el deudor-acreedor, Roberto Tobón podía invocar el beneficio de la compensación, y por este motivo, es él mismo el único que en principio podía renunciarlo. De donde se infiere que la reserva que de sus derechos hizo Roberto Tobón cuando le fue notificada en el juicio ejecutivo la cesión del crédito de Jesús María Tobón a favor de la compañía de mosaicos hidráulicos, no podía tener como objeto repetir ahora el pago que hizo, porque el crédito pasó del cedente a la sociedad cesionaria, llevando consigo esa renuncia tácita de la compensación.

3ª—Cuando la ley reconoce varios medios para la actuación de un derecho, la prescindencia de uno de ellos no impide hacer uso de los otros, siempre que esto se haga sobre la base de la oportunidad jurídica. Y ya se ha visto que Roberto Tobón no se prevalió en tiempo de los medios conducentes a pagar en moneda de compensación, hasta el punto de que la ejecución concluyó con el pago efectivo hecho por el deudor a la compañía.

La cesión es un contrato, por medio del cual el acreedor anterior transmite al nuevo acreedor el crédito mismo y no simplemente su ejercicio, salvo estipulación que cambie, limite o modifique los efectos de aquélla.

Por no haberse acreditado nada distinto, el acreedor anterior, Jesús María Tobón cedió el crédito mismo a la compañía de mosaicos hidráulicos, por cuyo motivo el pago que le hizo Roberto Tobón a la nueva sociedad acreedora, extinguió el vínculo jurídico, proveniente del contrato de cesión anudado entre Jesús María Tobón y la compañía de mosaicos hidráulicos, y, consecuencialmente, entre ella y Roberto Tobón.

Para la procedencia de la acción que se ejercita en el presente pleito de repetición por pago de lo no debido, sería necesario, ante todo, demostrar la inexistencia del mencionado vínculo jurídico, y además, el error por parte del deudor, lo cual, según lo expuesto, es jurídicamente imposible.

Es sabido que la naturaleza legal de nuestra compensación se debe a que los redactores del Código Civil francés, para acoger un errado concepto de los glosadores del derecho romano, tradujeron las palabras ipso jure por legalmente.

Bajo Justiniano, al contrario de lo que acontecía en la época clásica, la compensación operaba ipso jure, en el sentido de que el demandado no necesitaba proponerla, por medio de una excepción in limine litis.

Los aludidos glosadores conceptuaron que la compensación obraba de pleno derecho, porque no comprendieron que la expresión ipso jure fue empleada por los juristas romanos para poner de manifiesto, en ese caso, la oposición a la fórmula exceptionis ope.

La compensación se justifica, pues, entre nosotros, desde el doble punto de vista de la utilidad y de la seguridad, y una de sus directrices consiste en el pago forzado, puesto que se impone al acreedor, quien no puede rehusarla cuando se invoca.

De ahí que nuestro sistema de compensación no puede ser basado en consideraciones de equidad de favor legal, propias solamente en las ordenaciones jurídicas, v. gr., la alemana, que establece la compensación como un contrato, o como un acto sui géneris de extinción de la deuda. Pero este error del Tribunal en nada modifica las conclusiones y demás considerandos de la sentencia.

A virtud de lo expuesto, no aparece que la sentencia recurrida haya violado ninguna de las disposiciones legales invocadas por el recurrente y citadas atrás.

Fallo

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 22 de marzo de 1934 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Bogotá.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica. El Conjuez, Emilio Ferrero, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

PETICION DE DOMINIO A FAVOR DE UNA SUCESION Y DE EXCLUSION A FAVOR DE OTRA

Reconocer que existe una controversia sobre un bien y ordenar en la causa mortuoria en que él se ha inventariado que se espere a saber la decisión de esa controversia, es algo muy distinto de decidir ésta o de sugerir siquiera cómo haya de decidirse o a cuál de los dos contendores haya de favorecer su fallo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre seis de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señorita María Josefa Caicedo, hoy señora de Mosquera Wallis, demandó en vía ordinaria a la señorita Rosario Caicedo, ambas vecinas de Pasto, para que se hicieran ciertas declaraciones relacionadas con el predio llamado "Filadelfia", de esa jurisdicción, que se discriminarán adelante, y el Juzgado 3º de ese circuito, en sentencia de 30 de junio de 1933, puso fin a la primera instancia absolviendo a la demandada, con costas a cargo de la demandante. Apelada por ésta, el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial puso fin a la segunda instancia en sentencia de 13 de febrero de 1934 que, reformando aquélla tan sólo en el sentido de declarar improcedente la primera petición de la demanda, la confirmó en lo demás, también con costas a cargo de la actora.

Va a decidirse el recurso de casación interpuesto contra el fallo del Tribunal y sustanciado ya debidamente.

La demanda de casación formula exclusivamente el cargo de violación de la cosa juzgada, en forma que invoca el art. 120 del C. J., en su causal 1ª, e indica para esa violación directa los arts. 473 y 474 del mismo código.

A ese cargo, pues, debe concretarse la presente sentencia.

El recurrente lo hace consistir o lo deriva de que en la causa mortuoria del doctor Miguel Caicedo A., en la que se inventarió el prenombrado fundo, se incluyó, por lo mismo, en la partición, y al reclamarse la sentencia aprobatoria de la partición, que llegó a la Corte, esta corporación, en sentencia de 13 de diciembre de 1933, ordenó prescindir por entonces de esa finca, de manera que ésta no se partiese sino cuando la justicia ordinaria hubiese decidido la controversia a la sazón en curso sobre el dominio de la mitad del mismo bien, tal como manda para el caso el art. 1388 del C. C. Todo ello, porque ya para entonces —y en la mortuoria así constaba— reclamaba para sí, con derecho exclusivo, esa mitad de "Filadelfia" la actual demandante.

La Corte observa:

La intención o parte petitoria de la demanda inicial del presente juicio contiene cinco súpliéas. De ellas la primera, que el Tribunal encontró improcedente, tiende a infirmar las providencias de la causa mortuoria del doctor Miguel Caicedo sobre inventarios, y la quinta versa sobre abstención del partidor en esa mortuoria, de extender su trabajo de tal al referido predio. Las otras tres solicitan se hagan estas declaraciones:

"Segunda. Excluída de los inventarios ya referidos la mitad de la hacienda de 'Filadelfia', entonces exclusiva propiedad de mi padre doctor Primitivo Caicedo, que D. G., y hoy también exclusiva propiedad mía.

"Tercera. Ineficaz el alistamiento del fundo 'Filadelfia' consignado en el acta de 13 de junio de 1924, donde constan los linderos del inmueble, cuya mitad se inventarió ilegalmente.

"Cuarta. Que dicho inmueble no puede ser objeto de partición por no pertenecer a

la masa partible en la sucesión del fallecido doctor Miguel Caicedo A."

Como se ve, el caso es el contemplado y reglamentado por el citado art. 1388 del C. C., siendo así que la señorita María Josefa, hoy señora de Mosquera, alega un derecho exclusivo, el de dominio, sobre la mitad de un objeto relacionado en su totalidad como de propiedad del doctor Miguel Caicedo A., en la causa mortuoria de este señor.

La demandante formuló solicitudes en que fácilmente se advierten dos grupos: unas de carácter ocasional, que eran las encaminadas a evitar que siguiese inventariada en esa mortuoria y entre los causahabientes del doctor Miguel Caicedo A., se repartiese la referida mitad de "Filadelfia", y otras de calidad permanente, de fondo, sobre aquel derecho mismo, como lo son las que quedan transcritas para el más preciso conocimiento del móvil y finalidad del presente juicio.

Para mayor claridad al respecto, se anota que los hechos cardinales de la demanda son: de un lado la adquisición y posesión de "Filadelfia" por el doctor Primitivo Caicedo y la adjudicación de este bien en su mortuoria a su hija y heredera la demandante, y de otro lado, como consecuencia obligada, que ese bien no es de la sucesión del doctor Miguel Caicedo.

Corrobora lo que se viene diciendo sobre el propósito y pensamiento mismo de la demandante la circunstancia muy significativa de que cuando se le opuso como dilatoria la excepción de pleito pendiente, ella la rechazó observando que no podía entenderse por tal lo ocurrido sobre "Filadelfia" en la mortuoria del doctor Miguel Caicedo.

En efecto, así lo encuentra la Corte. Contendiendo sobre dominio de la mitad de "Filadelfia", la actual demandante y la sucesión del doctor Miguel Caicedo, lo procedente en la causa mortuoria de este señor era partir los bienes restantes, es decir, los no discutidos, y reservar la partición de aquel fundo para cuando esa contienda quedase decidida, de suerte que se procediera a su partición entre los interesados, de conformidad con sus respectivos derechos, en el evento de decidirse esa controversia en favor de la sucesión; en otras palabras: lo indicado fue aplicar el art. 1388 del C. C.

Pero bien se comprende que de reconocer que existe una controversia sobre un bien y de ordenar en la causa mortuoria en que él se ha inventariado que se espere a saber la decisión de esa controversia, es algo muy distinto de decidir ésta o de siquiera sugerir cómo haya de decidirse o a cuál de los dos contendores haya de favorecer su fallo.

La libertad para dictarlo en la respectiva causa ordinaria en nada puede entenderse cercenada por el simple hecho de que en la causa mortuoria se haya sentenciado con motivo de la partición de los bienes en el sentido de ordenar que se espere a aquél para lo tocante a la partición del bien sobre el cual en ese juicio ordinario se discute.

No cabe oposición entre las dos sentencias: la una se limita a anunciar la otra y a esperarla. La del juicio ordinario decide sobre el fondo de la controversia, y la de la causa mortuoria se limita a demorar la partición del bien discutido hasta que esa otra sentencia venga a decidir la cuestión misma cuya presentación determinó esa espera. En la mortuoria se ordena esperar una sentencia de fondo, sin decir en qué sentido haya ésta de pronunciarse. Por tanto, el ser ésta favorable a la sucesión, como bien puede serlo al tercero, no puede motivar legalmente violación de la cosa juzgada.

Así las cosas, salta a la vista la improcedencia del cargo formulado contra la sentencia recurrida en el presente pleito.

Se advierte que al entrar la Corte en las precedentes consideraciones, no acoge por ello medios nuevos ni hechos que no figuraron en la demanda ni en las instancias. En el presente juicio, por ejemplo, la sentencia de la Corte de 13 de diciembre de 1933, elemento indispensable para ser viable o procedente el recurso, aun desde el punto de vista en que para formularlo se coloca el recurrente, brilla por su ausencia en el proceso, en el que sólo ahora se trae esa pieza en copia junto con la demanda misma de casación, lo que basta para que la Corte no pueda tomarla en cuenta.

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 dictada por el Tribunal Superior de Pasto el trece de febrero de mil novecientos treinta y cuatro en el presente juicio.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Angel, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO.—SE CONCEDE EL DE CASACION.

Cuando la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte en un juicio, es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces este deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que, así las cosas, se está ante el cumplimiento de una ley, el que es obligado, por duro que ella sea o parezca. Pero cuando el funcionario falta a este deber, lo que desgraciadamente no es infrecuente que ocurra, las más de las veces por explicable aunque no plausible inadvertencia, la situación de hecho y, con ella, la legal y procedimental es muy distinta, entre otras razones por la decisiva de haberse creado y existir una actuación de que no puede prescindirse porque existe y que no podría anularse DE FACTO con ocasión o a pretexto de reponer una providencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta de enero de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

Va a decidirse del recurso de hecho interpuesto por la parte demandante contra el auto de catorce de noviembre último, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja le negó el recurso de casación en el juicio ordinario por pesos de María Amparo Petronila Forero de Velasco contra Angel María Avila.

La sentencia de segunda instancia lleva fecha diez de julio de mil novecientos treinta y cinco; mientras se notificaba, el demandante presentó el primero de agosto el memorial en que interpone contra ella recurso de casación; el demandado en seguida solicitó que se negara por estimar que la cuantía era insuficiente; el Tribunal, al decidir ambos pedimentos, ordenó el avalúo de la acción, considerando ser el caso, según el artículo 524 del C. J.; el avalúo se practicó e indicó más de tres mil pesos, sobre lo cual, no obstante que el demandado repitió sus reflexiones sobre cuantía insistiendo en que no alcanza a esa suma, el Tribunal concedió el recurso en auto de veintitrés de octubre. Pero como el demandado, a más de volver sobre sus conceptos acerca de cuantía en relación con las leyes y decretos sobre rebaja de deudas, que el Tribunal tornó a rechazarle, presentase como argumento nuevo a última hora el de que, habiendo él pagado o suministrado las estampillas para la sentencia, que eran de cargo del demandante, y no habiéndosele reembolsado su precio, éste no debía ser oído, según el artículo 571 del C. J., el Tribunal revocó el citado auto de octubre y en su lugar negó por esta última razón el de casación en el de catorce de noviembre, sobre el cual versa el presente recurso de hecho.

Para resolver se considera:

Cuando quiera que la ley procedimental impone la sanción de no poder ser oída la parte, ya por haber dado lugar a que el secretario supla con papel común el sellado y no haberlo repuesto con su doble valor en estampillas (C. J., artículo 351), ya por no haber reembolsado un gasto que siendo de su cargo lo ha hecho su contraparte (artículo 571 ibídem), ya por no haber pagado el porte de correos (artículo 390 ibídem y 3º de la Ley 50 de 1933), es obligación del respectivo funcionario abstenerse, en consecuencia, de oír a la parte que se halla en situación tan excepcional y grave; y si el funcionario cumple entonces este deber, no cabe contra su proceder reclamo alguno, ya que, así las cosas, se está ante el cumplimiento de la ley, el que es obligado, por duro que ella sea o parezca.

Pero cuando el funcionario falta a este deber, lo que desgraciadamente no es infrecuente que ocurra, las más de las veces por inexplicable aunque no plausible inadvertencia, la situación de hecho y, con ella, la legal y procedimental, es muy distinta, entre otras razones por la decisiva de haberse creado y existir una actuación de que no puede prescindirse porque existe y que no podría anularse de facto con ocasión o a pretexto de reponer una providencia.

Innecesario es detenerse aquí en las diferencias entre reposición de un auto y anulación de una actuación. Innecesario advertir aquí cuáles son las causales de nulidad y, con lo que al respecto bastaría, que no se ha sustanciado ni solicitado siquiera, ni, por tanto, se está dicidiendo una nulidad. La ley las establece con nimiedad y parsimonia. Entre sus causas y casos no figura el que se contempla en el caso presente. Y es visible que a anular lo actuado desde el

citado 1° de agosto es a lo que equivale o lo que viene a ser en el fondo y en realidad esto de revocarse la concesión del recurso de casación ya otorgado, no por reflexiones acerca de la cuantía, que el Tribunal insistentemente rechaza, sino por la circunstancia de deber no haber oído al recurrente, de la que no vino a caer en la cuenta el Tribunal sino después de haberse producido toda la actuación que aceptó y ordenó en el lapso transcurrido entre el memorial de ese día 1° de agosto y el auto de 14 de noviembre de que ahora se trata.

Si, pues, por lo dicho, esa actuación y su vigencia, que no pueden desconocerse, se oponen a la extemporánea advertencia del Tribunal sobre que la parte a quien oyó debía haber sido desoída, no es procedente ni aceptable la negación del recurso de casación fundada exclusivamente en que esa sanción debió aplicársele, siendo así que no se le aplicó en su obligada oportunidad.

Si el Tribunal no la aplicó, ello dará lugar a que los magistrados de la respectiva Sala incurran en la sanción que a tal falta corresponde; pero no puede determinar, ya fuera de tiempo y habiendo de por medio hechos cumplidos e irrevocables, la negativa referida.

Tratándose de sentencias susceptibles de casación, lo indagable para cuando se estudia en sí la concesión de este recurso es lo atañedero a la oportunidad de su interposición y lo relativo a la cuantía. El Tribunal no encuentra reparo por ninguno de estos dos motivos y concede el recurso (auto de octubre, citado). ¿Cómo acabar por negarlo, a pretexto de revocar el auto de octubre, por la sola razón de no haber debido ser oída la parte a quien sí oyó?

Las razones de orden legal hasta aquí expuestas bastan para reconocer que el recurso de hecho es fundado. No sobrarán breves consideraciones de orden ético. La ley establece sanciones como las aludidas y citadas, en la mira de impedir que una parte procastine con sus omisiones o descuidos, deliberados o no, el curso de los procesos: pero no con el propósito de poner a los litigantes en sencillo y permanente peligro de asechanza. Se facilitarían los asaltos sorpresivos tan sencillos como el de que una parte se apresure a pagar algo que es de cargo de la otra y dejarla por lo mismo disimuladamente en estado de no poder ser oída, del que es tanto más fácil a éste no librarse en oportunidad cuanto más pequeño ese gasto sea, y rompiendo su intencionado silencio, la parte que pagó sólo cuando ya los términos hayan transcurrido. Por otra parte, como ya se dijo, cuando, por mera distracción que sea, una parte se halla en el referido estado o situación de ser desoída y el funcionario efectivamente la desoye, la sanción se aplicaría sin lugar a reclamo alguno. Esto y sólo esto es lo que el legislador establece. Advierte la Corte que estas reflexiones de orden general y abstracto nada adelantan ni sugieren, por lo mismo, ante la faz moral a que este párrafo se refiere, sobre lo que en el presente pleito ocurriera en el suministro de las estampillas de que se ha hablado.

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, admite el recurso de hecho y concede el de casación aquí referido. Para sustanciar éste, el Tribunal a quo debe remitirle el expediente del juicio de que se trata, previa citación de las partes, y así se ordena. Ofíciesele.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Por el Secretario, el Oficial Mayor, Emilio Prieto Hernández.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

ALCANCE DE LA FACULTAD EN LOS JUECES DE DICTAR AUTOS PARA MEJOR PROVEER

La facultad que otorga a los jueces el art. 1715 del Código Judicial para practicar, antes de dictar sentencia, las diligencias que estimen convenientes a fin de aclarar los puntos oscuros o dudosos, no se contrapone a la obligación de ceñirse a las solas diligencias solicitadas por el acusador, en los procesos que se siguen en virtud de acusación de parte (art. 1571, C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, abril veinte de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Viene a esta Sala de la Corte en apelación, a la vez que en consulta, el auto del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, de fecha 8 de octubre de 1935, por medio del cual se sobresee definitivamente a favor del doctor Alfonso Rojas, por los cargos que contra él se formularon con relación al ejercicio de sus funciones de Juez 2º de este circuito en lo criminal, por el señor José Ramón Olaya.

El caso es como sigue:

Inició el señor Olaya ante el Juzgado de que se ha hecho mérito y como acusador particular, un juicio contra el señor Alfonso Reyes por calumnia e injuria públicas, consistentes en haber publicado en la edición del periódico "El País", de 22 de marzo de 1932, el escrito que en seguida se copia en sus pasajes pertinentes:

"No hubo chantage alguno. — Rectificación.—Señor director de 'El País'.—E. S. D. Señor director:—De la manera más atenta, suplico a usted se sirva dar cabida en su importante diario, a la siguiente rectificación con motivo de un suelto o artículo titulado 'Se había tomado un nombre aprestigiado' que corre publicado en el número correspondiente al 19 de los corrientes, de su leído diario:

En la rectificación que voy a hacer para rastear las causas de la inquina que me dispensa el doctor José Ramón Olaya, se verá que lo dicho por éste carece de toda verdad.

.....

Para concluír, quiero hacer presente al señor doctor don José Ramón Olaya, que en lo sucesivo guardaré absoluto silencio a cualquiera cosa que se le ocurra decir, y que soy enemigo de sostener discusiones con individuos que, como él, carecen de toda autoridad moral, y que los documentos a que hago referencia anteriormente, están a la vista de quien los quiera ver.—Del señor director, atento S. S.,—Alfonso Reyes Reyes".

El juez doctor Eduardo Talero Guzmán sobreseyó definitivamente a favor de Reyes por los dos cargos de calumnia e injuria, y como del auto se pidiera reposición, ésta fue negada por el doctor Alfonso Rojas, quien para entonces se hallaba al frente del juzgado.

Luégo en el Tribunal se reformó la providencia citada en el sentido de confirmar el sobreseimiento por calumnia y revocar el de la injuria, sustituyéndolo por el respectivo llamamiento a juicio.

Preparado ya para sentencia el negocio en el juzgado del circuito, el juez doctor Rojas dictó, con fecha 7 de junio de 1934, el auto siguiente:

"Antes de dictar sentencia en esta causa se hace necesario practicar las siguientes diligencias cuyo diligenciamiento se ordena en virtud de la facultad concedida en el artículo 1715 del C. J.:

Ofíciese al señor Director del periódico 'El País', a fin de que se sirva certificar:

a) Si el señor José Ramón Olaya presentó a las oficinas de redacción de ese órgano periodístico el día 16 de marzo de 1932 y para su publicación, un artículo titulado 'Se había tomado un nombre aprestigiado';

b) Si dicho artículo fue publicado en el referido periódico, en el número de la edición correspondiente al día 19 de marzo del propio año;

c) Si el número de la edición del periódico a que se refiere el punto anterior con la publicación del artículo en referencia, circuló en esta ciudad; y

d) Que se sirva enviar a este Despacho copia del artículo 'Se había tomado un nombre aprestigiado'.

Igualmente ofíciese al señor Director de la Biblioteca Nacional solicitándole se sirva certificar:

a) Si en el número de la edición del periódico 'El País' que se edita en esta ciudad, correspondiente al 19 de marzo de 1932, se encuentra publicado un artículo suscrito por José Ramón Olaya bajo el mote 'Se había tomado un nombre aprestigiado', el cual lleva fecha 16 de los mismos; y

b) En caso afirmativo, se sirva enviar a este Despacho copia del referido artículo periodístico".

A continuación aparece el informe de la Biblioteca Nacional, que es del siguiente tenor:

"El infrascrito Director de la Bibloteca Nacional certifica: Que en el número 28, página segunda, del periódico 'El País' que se edita en esta ciudad, correspondiente al 19 de marzo de 1932, se encuentra publicado un artículo bajo el mote 'Se había tomado un nombre aprestigiado', suscrito por José Ramón Olaya y fechado el día 16 de ese mismo mes y año, artículo que a la letra dice:

'Señor Director: Por informaciones de algunos de mis clientes de mi consultorio dental, calle 6ª, números 97 y 99 de esta ciudad, me he impuesto, con gran sorpresa, de un aviso aparecido en su leído diario desde algunas semanas atrás hasta hace 3 días, en el cual se anuncia mi despacho como situado en la calle 12 número 67-B. Como yo no tengo homónimo que ejerza mi profesión, ni he movido ni pienso mover mi oficina del lugar primeramente citado, en donde atiendo a mi clientela desde hace varios años, ni he contratado ni mandado contratar el anuncio relacionado, se trata simplemente de un chantage con fines malevolentes en perjuicio de mis intereses que es preciso aclarar.

He averiguado tan extraño e insólito proceder y he sabido que se trata de un tegua que pretende ejercer clandestinamente al pie del palacio de la nunciatura, parapetado con mi nombre y mi modesto prestigio profesional.

Pero lo más inexplicable del cuento es que al inquirir por este nuevo sistema de acaparamiento en el lugar dicho, lo que he encontrado es un apartamento cerrado con una lápida negra que dice: 'Alfredo D. Aquirdi', que no es ni puede ser el instruso a que me refiero.

Agradezco a usted esta necesaria aclaración que le pido muy cortésmente y quedo del señor director de la manera más fina, José Ramón Olaya.—Bogotá, marzo 16 de 1932".

La sentencia, que es de fecha 14 de julio de 1934 y está suscrita por el juez doctor Rojas, absuelve a Reyes del cargo de injuria pública contra la persona del señor Olaya, por estimar el caso de las injurias recíprocas de que habla el artículo 762 del código penal.

El Tribunal, no sin formular en los considerandos de su fallo unas cuantas censuras contra el doctor Rojas por aquel auto en que mandó complementar en el expediente la prueba de la publicación de Olaya contra Reyes en "El País", confirma la sentencia absolutoria del juzgado, con este aditamento: "dejando a salvo los derechos de las partes".

Así las cosas, el señor Olaya acusó al doctor Rojas ante el Tribunal, y de su acusación se copian los siguientes pasajes:

"Yo, José Ramón Olaya, ciudadano en ejercicio y vecino de Bogotá, formulo ante vosotros acusación contra el señor Dr. don Alfonso Rojas, Juez 2º Penal del Circuito de Bogotá, varón mayor de edad y de mi misma vecindad, por grave culpa en la administración de justicia y en la que incurrió en su carácter de empleado público, culpa que define y castiga el primer inciso del artículo 589 del C. P. colombiano, para que, previos los trámites legales del juicio de responsabilidad extraordinario, lo condenéis: a) A pagarme la suma de tres mil pesos ($ 3,000.00) m/l, suma en que están avaluados los perjuicios materiales que sufrí con el acto delictuoso perpetrado por mi acusado; b) A pagarme la suma de doscientos pesos ($ 200.00) m/l., suma en que avalúo las costas del juicio que he perdido por razón a que mi acusado dictó sentencia contra la ley expresa y terminante, o a la suma que por esta misma causa fijen peritos en el curso del juicio que instauro ante vosotros; y c) A pagar al tesoro de la nación una multa de veinte ($ 20.00) a doscientos ($ 200.00) m/l. y que vosotros fijaréis en oportunidad.

Los hechos en que fundo mi presente acusación, son:

. . . . . .

Luego no tratándose, como en efecto no se trataba en la causa que el señor Juez 2º Penal del circuito de Bogotá adelantaba contra Alfonso Reyes Reyes en virtud de acusación particular instaurada por mí (injuria pública), de un negocio en que pudiera procederse de oficio, el doctor Alfonso

Rojas no podía proferir el auto "para mejor proveer" de que traté anteriormente y por medio del cual se ordenó la práctica de diligencias que si tendían a favorecer, como favorecieron a mi acusado, también fue que atentaron contra mis intereses de ciudadano y, aún más, y esto es lo más grave, atentaron contra mi patrimonio moral, cuyos linderos no pueden violarse en forma alguna, y menos, por los representantes de la sociedad encargados de administrar justicia.

Quinto.—El doctor Alfonso Rojas, en su carácter de Juez 2º Penal del Circuito, procedió oficiosamente contra prohibición expresa de la ley al proferir el auto "para mejor proveer" que vino a ser la más brillante de las defensas para mi acusado, y así se convirtió de hecho en defensor de una de las partes, máxime cuando, a continuación de tan "sui generis" proceder, dicta la sentencia absolutoria de fecha cartorce de julio de mil novecientos treinta y cuatro.

Sexto.—Y siendo así, como en efecto es y como acertadamente lo sostiene el honorable Tribunal en la sentencia de segunda instancia, surge de allí, sin lugar a duda alguna, la disposición penal violada y aplicable al empleado público doctor Alfonso Rojas, cual es el artículo 589 del C. P., primer inciso, y que dice: "El magistrado o juez que dictare, en juicio o negocio civil o criminal sentencia definitiva contra ley expresa y terminante, si es de las inapelables o irrevocables, o contra las cuales no haya ningún recurso para invalidar, enmendar o revocar el fallo. Además de satisfacer el agraviado las costas y perjuicios que le ocasiona, pagará una multa de veinte a doscientos pesos"; y el segundo inciso de este artículo, que agrega: "Entre los perjuicios se contará el del interés del pleito injustamente perdido por la sentencia definitiva de que trata el inciso anterior".

En derecho funda la presente acusación en los artículos 360 de la ley 105 de 1890, 1876, 1877, 1597, 1598 y siguientes del C. J., así como en las demás disposiciones aplicables al caso, como las mencionadas en el curso de este escrito".

Como el Tribunal sobreseyera definitivamente a favor del juez doctor Rojas en la providencia de 8 de octubre de 1935 de que se habló al principio, la revisión de ese sobreseimiento es lo que constituye la materia del presente estudio de la Corte

Para resolver, se considera:

Nada tiene que ver aquí la Corte con lo que por el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá y por el Tribunal se decidiera en la controversia entre los señores Olaya y Reyes, por la cuestión de fondo de las ofensas recíprocas.

Todo el problema gira al rededor de la facultad que tuviera el Juez doctor Rojas para dictar el auto de 7 de junio de 1934, arriba transcrito.

En el expediente relativo a la querella de Olaya contra Reyes, al través de la vehemencia en la acusación y de algunas providencias judiciales un tanto atiborradas de teoricismo innecesario, se destaca por su sobriedad jurídica el salvamento de voto que respecto de la sentencia de segunda instancia formuló el magistrado doctor Leovigildo Acuña, pieza a la cual pertenecen los siguientes conceptos:

"Salvamento de voto:

. . . . . .

2º Porque el suscrito magistrado entiende lo dispuesto en el artículo 1715 del Código Judicial, en lo tocante a materia criminal, en un sentido más amplio, que el indicado en la sentencia, por ser el fondo de esa disposición legal una garantía para todo acusado.

3º Porque, siendo esta sentencia confirmatoria de la sentencia absolutoria, el suscrito magistrado halla fuéra de lugar la parte de la sentencia que dice: 'dejando a salvo los derechos de las partes'."

Aun dando de barato que la acción del señor Olaya contra el doctor Rojas por infracción de la la ley en el auto de 7 de junio de 1934 fuese de las que contempla el artículo 63 de la ley 100 de 1892, es decir, por infracción y violación de leyes en los autos y sentencias en juicio civil, actuaciones en las que se requiere siempre acusación de parte, en el auto de que acaba de hablarse no sería posible admitir que hubiera habido violación del artículo 1571 del código judicial, como lo pretende el acusador señor Olaya.

Dice esa disposición: "Si el que hace la acusación fuere acusador legítimo, y el delito es de aquellos por los cuales no puede procederse de oficio, el funcionario de instrucción se limitará a practicar las diligencias que indique y pida el acusador, pero si hubiere lugar al procedimiento de oficio, el funcionario practicará, además, todas las que pida el Ministerio Público y cuantas crea conducentes a descubrir la verdad".

Obsérvese que tal artículo obra en el Título V del Libro III del código judicial, cuyo encabezamiento es éste: Modo de proceder

en la práctica de las diligencias informativas.

De suerte que si es verdad que durante la prosecución del sumario el investigador ha de limitarse a la práctica de las diligencias que pida el acusador, lo que tampoco quiere decir que al sindicado le esté vedado solicitar, a su turno, las que crea que le favorecen, de ello no puede deducirse que en los procesos por acusación el juez pierda la facultad, de carácter general, que en el capítulo sobre sentencias del código judicial le otorga el artículo 1715, para ordenar la práctica de las diligencias que juzgue convenientes a fin de aclarar los puntos que halle oscuros o dudosos.

La facultad no llega hasta el extremo, desde luego, de que al juez le sea dado crear nuevos elementos probatorios, distintos de los existentes en los autos; pero la diligenciación enderezada a buscar mayor nitidez en la probanza que ya obra en el proceso, lejos de constituír transgresión de la ley, es una saludable medida en pro del esclarecimiento de la verdad, máxime cuando en materia penal las determinaciones de la justicia se relacionan tan íntimamente con el orden social.

Pero en el caso estudiado, lo que ocurre es que el juzgado ni siquiera necesitaba de las diligencias que ordenó en la providencia de 7 de junio, para darle entidad al escrito que bajo el mote "Se había tomado un nombre aprestigiado" publicó el señor José Ramón Olaya en la edición de "El País", correspondiente al 19 de marzo de 1932, y que en un recorte del periódico fue traído a los autos por el acusado señor Reyes durante el curso del sumario, porque la autenticidad de ese escrito estaba superabundamente acreditada. En efecto:

La publicación de Reyes que motivó la acusación de Olaya, no fue otra cosa que una rectificación a aquel escrito, como allí mismo se dice de modo expreso y terminante.

Del memorial de acusación del señor Olaya contra Reyes es el siguiente pasaje:

"Por motivos de interés personal y en defensa de mi buen nombre profesional, pues ejerzo en esta ciudad la Odontología en mi carácter de diplomado, hube de rectificar en el periódico 'El País', diario que se edita en Bogotá, cómo no era cierto que yo hubiera trasladado mi consultorio al lugar que indicaba un anuncio que aparecía en ese mismo diario y el cual no había ordenado insertar; la rectificación a que me refiero apareció en 'El País' de fecha 19 de marzo último"...

Y el contenido del escrito del señor Olaya fue materia controvertida en el curso del proceso, como se ve, por ejemplo, en el siguiente párrafo del auto de sobreseimiento que lleva fecha 7 de julio de 1933:

"Por otra parte, el señor Olaya no estuvo muy parco en sus apreciaciones y calificativos que estampó en su artículo 'Se había tomado un nombre aprestigiado' y que fue rectificado por la persona a quien se dirigía, pues allí el señor Olaya hace imputaciones que también van a menoscabar el crédito y la dignidad del individuo, señalado por varias circunstancias en el escrito, y así se le hace aparecer como chantagista y fraudulento al ejercer una profesión que no tiene, amparado con un título ajeno. Quiere decir lo anterior que bien pueden calificarse las ofensas irrogadas en los dos escritos que vieron la luz en el periódico 'El País' por los señores Olaya y Reyes, como recíprocas, y en tal caso cabe aplicar lo dispuesto en el C. P., en su artículo 762".

El señor Procurador, en su vista de fondo se expresa así:

"En fuerza de las terminantes y claras disposiciones de los artículos 20 y 21 de la ley 104 de 1922 y 6º de la 68 de 1928, este despacho estima que el acusador particular, en los delitos que deban o puedan perseguirse de oficio, como sucede en el presente caso, puesto que no se trata de violación de leyes en providencias dictadas en juicio civil (art. 63, ley 100 de 1892), no tiene el derecho de apelar, ni, por consiguiente, existe la facultad de conceder tal recurso. Pero, sea como fuere, en atención a que el sobreseimiento debe seros consultado en virtud del artículo 9º de la ley 118 de 1931, y así está ordenado en aquella providencia, se procede desde ahora a daros opinión de fondo, cosa muy sencilla, puesto que poco hay que agregar a la sólida argumentación del Tribunal y a la defensa que se hace el señor Juez acusado en el informe que rindió.

En los juicios criminales, ya se sigan por acusación particular o de oficio, el Juez no puede ser un autómata, un personaje atado de pies y manos, como lo quiere el doctor Olaya. Nuestra legislación penal tiende decididamente a dar plenas garantías a los acusados para que puedan hacer uso del derecho de defenderse; y sería absurdo y antijurídico que porque en el proceso figure un ciudadano con la misión de formular cargos y de probarlos, ese derecho se debilitara o desapareciera. En autos está demostrado que Reyes y su defensor pidieron que se trajera a ellos el número del periódico en donde apareció el escrito injurioso del señor Olaya; de suerte que no fue una prueba nueva ni arbitrariamente decretada la que se allegó en virtud del auto que censura el

señor acusador. El artículo 1715 del Código Judicial autorizaba al Juez para 'practicar todas aquellas diligencias que juzgue convenientes para aclarar los puntos que encuentre oscuros o dudosos en el proceso'. Nada más amplio ni más claro. Antes de dictar sentencia, el Juez encontró un punto oscuro o dudoso respecto del origen de la contienda entre acusador y acusado; y como tenía facultad legal para acabar con la duda, ordenó la diligencia que puso a plena luz el punto oscuro y le permitió dictar una sentencia justa y razonada.

Es necesario tener en cuenta la diferencia que existe entre la acusación particular referente a delitos que no pueden investigarse sin ella, y entre la acusación que tiene por objeto hechos que deben investigarse de oficio (artículos 63 y 66, ley 100 de 1892). En el primer caso el acusador tiene facultades más amplias y hasta puede apelar de las providencias que no le convengan; en el segundo no tiene el derecho de apelar y el juez se mueve más libremente en el desarrollo procedimental del negocio".

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, confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el ocho (8) de octubre de mil novecientos treinta y cinco (1935), a favor del doctor Alfonso Rojas en razón de sus funciones como Juez de este circuito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro Alejo Rodríguez, José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Alberto Mafo Bañes, Srio. en ppd.

HOMICIDIO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo.

Agotados los trámites propios del recurso de casación, se procede a estudiar y fallar en el fondo el que interpuso Ezequiel Cabanzo o Cavanzo, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil que lo condenó (por confirmación de la dictada en primera instancia), a la pena de doce años de presidio.

La sentencia recurrida lleva fecha diez de abril de mil novecientos treinta y cinco y el recurso lo concedió el Tribunal sentenciador por auto de diez de junio siguiente.

En el memorial con que se interpuso el recurso no se expresan la causal o las causales que invoque el recurrente; pero por escrito separado cumplió con esa exigencia legal.

Dos causales alega, aun cuando en realidad no viene a ser sino una, pues afirma que la sentencia está en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder, pues se le ha condenado por homicidio con premeditación, siendo así que el enjuiciamiento no formula esa modalidad; y que, por consiguiente, se aplicó mal la ley penal.

El juez sometió al jurado un cuestionario o interrogatorio del tenor siguiente:

"¿El acusado Ezequiel Cavanzo es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditadamente a Eugenio Suárez, por medio de una herida causada con instrumento cortante, situada en el lado izquierdo del frontal, que interesó las partes blandas, el hueso y penetró a la cavidad craneana, dejando salir parte de la masa cerebral, hecho ejecutado como a las doce del día veintisiete de marzo del año de mil novecientos treinta y dos, en el punto denominado 'Buenos Aires', de la jurisdicción municipal de Bolívar?".

Y el jurado respondió por unanimidad: "Sí".

La materia del recurso viene a ser, pues, el examen de si el auto de proceder aludió o no a la circunstancia de premeditación. El señor Procurador General de la Nación en su concepto, que es adverso a la infirmación del fallo, dice sobre el particular lo siguiente:

"Estimo que el agravio es infundado por razones que entro a considerar. Efectivamente, el auto de proceder es base del juicio criminal y por lo tanto nada de lo subsiguiente puede desvincularse de él, y es imperativo que todo se acomode a los cargos allí formulados. Por consiguiente, si

el juez olvidó mencionar y deducir determinadas circunstancias, y si el auto que con esa omisión dictó, quedó ejecutoriado, ya no puede presentarle al jurado un cuestionario que comprenda aquella circunstancia, porque no estaría de acuerdo con el auto de proceder y llevaría al sindicado a responder de cargos que no le habían sido formulados. Pero es así que en el presente juicio las pruebas que dieron pie al Juzgado de primera instancia para abrir causa criminal contra el acusado implican la premeditación y se hizo mención expresa de ella, luego no puede alegarse, con razón y con base en tal omisión, haberse incurrido en la primera y cuarta causal de casación".

La Corte observa, además:

Terminantemente dijo el auto de proceder:

"...Ezequiel Cavanzo fue el autor del homicidio en la persona del nombrado Eugenio Suárez, delito que preconcibió, desde luego que, como se dijo ya, comisionó a Siervo Hernández para hacer venir a su víctima hasta el lugar en donde la sacrificó, le dirigió amenazas y tuvo actitudes de reto contra Suárez, sin mediar motivo alguno, ofensa, injuria, sin provocaciones a la ira o la venganza, sino que fríamente, sorpresivamente, le descargó Cavanzo a su víctima Eugenio Suárez, el machetazo mortal".

Basta con lo transcrito para ver cómo lejos de haber desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia que condena por homicidio premeditado, las dos providencias judiciales guardan acuerdo entre sí.

El alegato de casación insiste en que la carencia de motivos para matar, por parte del procesado, descarta la premeditación. No es este punto la base principal del recurso; pero respecto de él conviene recordar cómo los tratadistas de derecho penal consideran que la futilidad y a fortiori la ausencia de móviles inducen a considerar más grave el hecho y más perverso al delincuente. Para no hacer sino una cita, y ésta de autor colombiano, se copia a continuación el siguiente aparte del Tratado de Derecho Penal, del doctor José Vicente Concha:

"Legalmente, el elemento moral del homicidio consiste en la voluntad de dar muerte, sin considerar los móviles que lleven al homicida a ejecutar el hecho, porque la ley coloca en un mismo pie el homicidio por amor o por codicia, por fanatismo o por amistad. Algunos penalistas contemporáneos pretenden, sin embargo, que la ley clasifique los móviles y que señale las penas según la naturaleza de ellos; pero aparte de las dificultades prácticas que se presentarían para hacerlo, hay que reconocer que los homicidios más graves son aquellos en que no se descubre un móvil preciso, en que se mata por matar".

Como la causal de indebida aplicación de la ley penal se funda en la pretendida disconformidad de la sentencia con el auto de proceder, una vez desechada esta última tesis no hay materia para examinar aquella causal.

De acuerdo con la solicitud del señor Procurador General de la Nación y en virtud de los considerandos que preceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Criminal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fecha diez de abril de mil novecientos treinta y cinco, y por la cual se condena a Ezequiel Cavanzo a sufrir la pena de doce años de reclusión en colonia penal por el delito premeditado de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mato Zañes, Srio. en ppdad.

HOMICIDIO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo.

El doctor J. Emilio Duque, como defensor de Víctor Cárdenas, ha recurrido en casación contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmatoria de la que había proferido el Juzgado 1° Superior del mismo Distrito Judicial y que impuso al procesado la pena de doce años de presidio como responsable, en el tercer grado o más benigno, del delito de homicidio.

El memorial en que se interpuso el recurso dice:

"La sentencia dictada por el señor Juez 1º Superior y confirmada por el H. Tribunal de este Distrito Judicial es violatoria de la ley procedimental, porque se dictó en un juicio viciado de nulidad".

No alegó ante la Corte el recurrente; y el señor Procurador General de la Nación dice que el recurrente "no expresa los fundamentos de esa nulidad y se contenta con pedir que se estudien los argumentos de sus memoriales dirigidos al juez y al Tribunal"; y arguye así el señor Procurador:

"Este sistema de fundar demandas de casación no es procedente, porque la demanda y sus razonamientos deben ir contra la sentencia recurrida, que es la materia del recurso".

De donde concluye que debe declararse desierto el recurso.

En rigor no podría rechazarse la tesis del señor Procurador; pero consecuente consigo misma esta Sala de la Corte, ha querido estudiar, con amplitud, en este, como lo ha practicado en otros casos, los argumentos puestos por el señor abogado de Víctor Cárdenas en los memoriales que cita y que, en la última numeración de las del expediente, obran a folios 134, 142 y 151.

Como causal única de casación se ha propuesto la de violación de la ley procedimental por adolecer el proceso de nulidad sustancial. Y se han alegado tres motivos de nulidad que la Corte procede a examinar por separado:

Primer motivo de nulidad: haber desempeñado el cargo de jurados personas que tienen homónimos, de tal suerte que no se sabe al fin quién debía servir dicho cargo.

Dicen los alegatos que el señor José Múnera A., fue el jurado en esta causa; y que hay dos o tres señores en Medellín con el mismo nombre y apellido.

Y que otro de los jurados fue el señor Juan B. Vélez P. y que en Medellín existe otra persona con el nombre de Juan Bautista Vélez V.

Discutieron el señor abogado y el señor juez de la causa acerca de si la Corte ha sentado o no precedente respecto de nulidades ocasionadas por errores en cuanto a las personas que vienen a servir el cargo de jurados.

Mas, por lo que hace al caso presente, esta Sala de la Corte estima que la circunstancia de haber varias personas homónimas no indica que haya ocurrido error en la composición del jurado, pues tal error sólo podría establecerse por uno de dos medios: diferencia de nombres entre el designado en la lista y el que efectivamente prestó el servicio, como si fue sorteado Manuel Aparicio Santamaría y sirvió de jurado Manuel Aparicio Santacoloma; o decisión del Tribunal en el sentido de que José Múnera, que figura en la lista, no es el señor José Múnera A. sino el señor José Urbano Múnera o el señor José Múnera Echeverri.

Como en el caso de autos no hay discrepancia entre los nombres que figuraron en la lista y los que integraron el jurado; y como no aparece decisión ni certificación del Tribunal en el sentido de que al formar la lista de jurado fue su intención que figurara como tal el señor Juan Bautista Vélez V. y no el señor Juan B. Vélez P., la Corte procedería arbitrariamente al afirmar que la intención del Tribunal cuando hizo las listas de jurados fue la de poner a una o a otra de dichas personas. Y tanto más cuanto que el Tribunal conoció las alegaciones del señor abogado y no aceptó sus tesis con lo cual dijo implícitamente que las personas que sirvieron el cargo de jurados en esta causa fueron las mismas que el Tribunal había designado para figurar en la lista de sorteables.

Esto por lo que hace a la argumentación del escrito de fojas 134.

Segundo motivo de nulidad: No haberse notificado oportunamente a las partes el auto que señalaba fecha y hora para el sorteo de jurados.

Sustentan este punto los escritos del señor abogado (véase folio 142 del cuaderno principal), en la circunstancia de que con fecha once de junio de mil novecientos treinta y cuatro se dictó el respectivo auto, que señalaba la hora de las dos p. m. del mismo día para la diligencia de sorteo; que

en esa misma fecha se notificó el auto; y que la diligencia de notificación dice que ésta se surtió a las dos p. m.; siendo así que la diligencia de sorteo aparece efectuada ese mismo día a las diez a. m.

Efectivamente, a folios 120 de la antigua numeración (folio 119 de la nueva), aparecen el auto y su notificación; y a folios 121 consta la diligencia de sorteo. El Tribunal consideró que la irregularidad es sólo aparente o de palabras, no de fondo, pues no es concebible que se hubiese incurrido en tan palmario anacronismo.

La Corte considera, además, que el numeral 1º del artículo 265 de la Ley 57 de 1887, que erige en causal de nulidad el hecho de no haberse notificado a las partes el auto que señala hora y día para el sorteo de jurados, exige dos requisitos para que pueda declararse la existencia de tal nulidad, a saber: que la diligencia se haya practicado sin la asistencia de la parte no notificada, y que sea ésta quien alegue la nulidad. Ahora bien: las firmas del procesado y de su defensor aparecen en la diligencia de sorteo, luego falta por lo menos una de las dos condiciones legales. Y por otra parte, nada se dijo a raíz del sorteo y antes de la audiencia sobre este particular, ninguna gestión se hizo acerca de posible nulidad y bien al contrario, como lo apuntó el Tribunal sentenciador, el propio señor abogado aceptó el sorteo de jurados y agitó el rápido trámite del traslado a ellos.

Tercer motivo de nulidad: Que el expediente no se le entregó al procesado ni a su defensor, de tal suerte que los traslados no se surtieron efectivamente; y como el término probatorio no empezaba a correr sino una vez surtidos los traslados (auto de 21 de marzo de 1934, folio 99 vto.), debe concluírse que en este proceso no ha habido término probatorio (memorial de página 151).

El mismo alegante se apresura a reconocer que en contra de su tesis podría argüirse el hecho de que él sí pidió pruebas y que éstas se practicaron. Además, el Tribunal le hace presente que la encomiable actividad desplegada por la defensa explica por qué se iba adelantando tan aceleradamente la causa.

No encuentra, pues, la Corte que ninguna de las irregularidades observadas por el señor abogado, y que no afectaron el fondo del procedimiento sino apenas la forma, pueda considerarse como productora de una verdadera violación de la ley procedimental por nulidad. Pero tampoco encuentra censurable esta Sala el abincado esfuerzo del defensor por obtener una declaratoria de nulidad en las instancias o ahora, en casación, váliéndose para ello de alegaciones muy vehementes sobre la posible nulidad del proceso.

Y si la Corte hubiese hallado que el trámite del juicio adolecía de informalidades de aquellas que cortan el derecho de defensa o que traen una incertidumbre real sobre la identidad de los juzgadores, a buen seguro que decretara la invalidación del fallo y la repetición del procedimiento. Pero como no ocurre ninguno de esos eventos, la Sala, luégo de un examen minucioso del expediente y de todas las alegaciones formuladas por la defensa, llega a la conclusión de que no puede prosperar el recurso por no haberse demostrado una violación de la ley procedimental que imponga la infirmación del fallo.

Por los anteriores considerandos y por los otros que el señor Procurador General de la Nación adujo, la Corte Suprema, por medio de su Sala de Casación Criminal, oído el concepto del Ministerio Público 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 Medellín fechada el veinticinco de abril de mil novecientos treinta y cinco y que condenó a Víctor Cárdenas a la pena de doce años de presidio por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mulc Baños, Srio. en ppdad.

JUICIO MILITAR

I.—De acuerdo con la legislación vigente, cuando el acto materialmente delictuoso ha sido determinado por causas patológicas no puede atribuirse al agente responsabilidad penal (artículo 29 del Código Penal); y como el artículo 1512 del código de procedimiento criminal establece que «el fundamento de todo juicio criminal es el cuerpo del delito»; y que «se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes», faltando el sujeto punible—por una causa de no imputabilidad—se carece de fundamento legal para seguir juicio criminal y, por consiguiente, se debe sobreseer.

II.—La atribución que la ley «de justicia militar» (84 de 1931) confiere a la Corte Suprema para declarar, como juez de segunda instancia, si un proceso militar está afectado de nulidad, no se limita al estudio y decisión respecto de nulidades meramente formales o adjetivas sino que implica la decisión sobre nulidades sustanciales que afectan el fondo o la materia misma del juicio.

Y el hecho de seguir un juicio militar penal contra persona que ha obrado en fuerza de una causa patológica y que, por tanto, no era susceptible de imputabilidad moral, implica INCOMPETENCIA DE JURISDICCION por parte de los funcionarios que lo adelantaron, puesto que no había fundamento legal suficiente para ello (artículo 1512 del código de procedimiento criminal); y la sentencia condenatoria que pone fin al proceso implica ERRONEA APRECIACION DE LA PENA LEGAL puesto que no habiendo fundamento legal para abrir causa criminal menos aún lo habrá para imponer pena.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, dieciséis de junio de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo.

El Consejo de Guerra ordinario reunido en Bucaramanga para decidir de la causa que por el delito de deserción se le siguió al soldado Manuel A. Castro Morales, al servicio del ejército bajo el Comando del Batallón de Infantería "Ricaurte" Nº 3, acantonado en dicha ciudad, lo condenó en su fallo de fecha veintitrés de octubre de mil novecientos treinta y cinco a sufrir la pena principal de doce meses de prisión militar y a la accesoria correspondiente o sea la de separación del servicio del ejército, acatando el veredicto que por mayoría de vocales del mismo Consejo declaró la responsabilidad del acusado.

En calidad de consulta ha venido este proceso a la Corte y agotados como se hallan los trámites correspondientes se procede a resolver.

El Auditor de Guerra de la 5ª Brigada, doctor Alberto Acosta Ortega, en concepto que obra de folios 34 a folios 39 del cuaderno principal, hace una interesante exposición sobre la inculpabilidad del sindicado, por causa de anormalidad psíquica. De los conceptos científicos que plantea, deduce el señor Auditor la siguiente conclusión:

"Dado, pues, como probado el hecho de que por esa época sufriera Castro de la epilepsia que hoy lo aqueja, bien puede aceptarse como suficiente causa justificativa del hecho a él imputado y procediendo de acuerdo con la definición del artículo 269 ya citado (se refiere el señor Auditor a la Ley 84 de 1931, "De Justicia Militar"), descartar el carácter específicamente delictuoso al hecho, y sobreseer en favor del sindicado".

El juez sustanciador, Comandante del Batallón, acogió el concepto y la solicitud del Auditor y profirió auto de sobreseimiento que lleva fecha seis de agosto de mil novecientos treinta y cinco.

De acuerdo con la ley fue consultado tal sobreseimiento: la consulta debía surtirse y se surtió ante el Comando de la Brigada, entidad que con fecha doce de agosto revocó el acto y, en su lugar, abrió causa criminal contra el soldado Manuel A. Castro Morales, por el delito de deserción. Tanto el auto de sobreseimiento proferido por el Comando del Batallón, como el de proceder con que lo revocó el Comando de la Brigada son piezas que revelan criterio sereno y conocimientos jurídicos.

De los diecisiete puntos aducidos por el Comando de la Brigada para revocar el auto de sobreseimiento, el marcado con el número diez concreta el punto en que se ha presentado la disparidad de criterios entre los diferentes funcionarios a quienes ha correspondido conocer de este proceso.

Dice así el Comando de la Brigada:

"Que después de la vista fiscal se ordenó la ampliación del informativo y se allegaron documentos que no es el caso de considerarlos por el juez sustanciador, ya

que esos documentos se refieren a asuntos psicológicos que deben apreciarlos, considerarlos y resolverlos los jueces de hecho que compongan el Consejo de Guerra y que juzgan a los sindicados según se lo indique la conciencia y en ningún caso el juez sustanciador, que para sus fallos debe tener sólo en cuenta lo que aparezca de autos".

En el punto once del auto de proceder se dice que para darle fuerza legal al concepto médico ha debido hacerse una junta de médicos que, mediante examen detenido del soldado Castro, hubiese podido dar un concepto fundamentado; y en los considerandos doce, trece y catorce, formula algunas apreciaciones tendientes a desvirtuar la tesis de una anormalidad mental del sindicado.

Puesto que la ley de justicia militar (artículos 111 y 112) atribuye a la Corte Suprema la función de conocer, y resolver como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena y en cuanto a las causales de nulidad que puedan viciar el procedimiento, procede esta Sala de lo Criminal a examinar tres puntos: si la enfermedad que padece el procesado puede considerarse como causa de no imputabilidad; qué medida debía adoptar, legal y jurídicamente en tal evento, el juez militar de derecho; y el poder legal que tenga hoy la Corte para anular o no el proceso.

1º La epilepsia como causa de no imputabilidad.

En el caso de este proceso obran, como documentos de gran entidad, un certificado del médico oficial de sanidad del Batallón al cual pertenecía aquel sindicado (folio 16), un parte del mismo oficial de sanidad al Comando del Batallón (folio 17) y una ratificación, juramentada ante el funcionario instructor, del mismo médico (folio 18).

El primero de los aludidos documentos dice que el soldado Manuel Antonio Castro "ha presentado ataques de epilepsia esencial durante su permanencia en el cuartel"; declara muy verosímil que el procesado esté sufriendo de esa enfermedad desde la edad de doce años; y afirma lo siguiente:

"El estado mental de este soldado también presenta anomalías, pues se nota abulia y limitación de iniciativa".

El segundo de aquellos documentos dice, refiriéndose al procesado:

"Es enfermo de epilepsia y presenta en la actualidad trastornos mentales que hacen dificultosa su estadía en el cuartel".

Y en la diligencia de ratificación explica el señor médico su concepto, o lo amplía, en los términos siguientes:

"...sólo puedo afirmar que Manuel A. Castro tiene, a causa de su enfermedad, una mentalidad notoriamente anormal; que aun cuando no puede catalogarse como demente, sí puede afirmarse que el progreso de su enfermedad lo llevará a la demencia epiléptica y que ha podido la misma enfermedad determinar, en uno o varios momentos de su vida, movimientos impulsivos inconscientes dentro de los cuales bien ha podido cometer los hechos delictuosos que se investigan".

El reparo hecho por el señor Comandante de la Brigada, en cuanto a que ha debido producirse el dictamen médico en forma plural, es acertado; pero el mismo funcionario, al revocar el auto de sobreseimiento habría podido ordenar que se complementara la prueba de la manera legal y prudencial que se indica en el auto de folios 14.

Pero no puede perderse de vista el valor de excepción que tiene en este caso el dictamen del facultativo, si se considera que como médico del Batallón en el que el procesado formaba, tuvo oportunidad de conocerlo y observarlo clínicamente aun antes de haber sucedido el hecho que al soldado se le imputa como delictuoso.

Y tampoco es despreciable, dado el diagnóstico de epilepsia esencial, la consideración de que el dictamen de irresponsabilidad rendido por el señor médico del Batallón, tiene respaldo científico en los tratadistas de psiquiatría forense, y más, si se tiene en cuenta que el hecho imputado es el de deserción. El señor Auditor de Guerra dice, y muy acertadamente, a folio 39:

"Y esta tesis de irresponsabilidad se acentúa si se considera que el delito de deserción no es un delito material sino legal o formal, y por tanto, que para verificar los hechos que lo constituyen no sólo no es necesario violentar principios de derecho natural, sino que por el contrario tales hechos son más adecuados a movimientos naturales incontrolados e impulsivos..."

Dice W. Weygandt, en la página 306 de su obra Psiquiatría Forense, Edición Labor, 1928:

"Los accesos de fuga impulsiva o de andar sin rumbo horas, días o semanas (dromomanía y poriomanía), tienen mayor importancia forense. El epiléptico vagabundea sin darse cuenta de lo que hace, vestido descuidadamente, marcha por bosques y carreteras sin comer ni beber, aprovecha to-

dos los vehículos que se le ofrecen sin que se hayan dado cuenta de su estado las personas que le prestan auxilios (deserción)".

Y otros expositores de medicina mental apuntan igualmente como sintomático de la epilepsia el delirio ambulatorio o al menos la marcha inopinada e inmotivada, la necesidad inconsciente en el enfermo de ausentarse o de vagar.

Estas solas consideraciones bastan para ver cómo el auto de sobreseimiento era procedente, tanto de acuerdo con los principios generales del artículo 29 (frase final del numeral 1º) del Código Penal, como teniendo en cuenta las consideraciones hechas por el señor Auditor de Guerra en relación con el artículo 209 de la Ley 84 de 1931.

2º Facultad del juez de derecho para sobreseer por una causa de no imputabilidad en el sindicado.

El Comando de la Brigada consideró que no es el juez de derecho sino el de hecho, o sea el Consejo de Guerra, quien debe resolver en el fondo sobre las causas exculpativas. Y al efecto arguye que en este proceso se trata de "asuntos psicológicos que debe apreciarlos, considerarlos y resolverlos... el Consejo de Guerra".

Estima la Corte que legal y jurídicamente están en lo cierto el señor Auditor y el juzgado sustanciador (Comando del Batallón de Infantería Nº 3 "Ricaurte") al optar por el sobreseimiento en el presente caso. Es verdad, como lo dijo el juez ad quem (Comandante de Brigada), que la apreciación de elementos psicológicos corresponde al juez sentenciador, en este caso el Consejo de Guerra.

Pero cuando se trata no de valuar la responsabilidad sino apenas de apreciar si en determinado proceso está o no plenamente demostrada la imputabilidad, corresponde al juez sustanciador, como juez de derecho, calificar el mérito de las pruebas.

El artículo 1512 del Código de Procedimiento Criminal dice que el fundamento de todo juicio criminal es el cuerpo del delito; y que se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes.

El artículo 29 del Código Penal dice que son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna, los que se hallan privados involuntariamente del uso de la razón y, en general, los que se hallan en estado "de verdadera demencia". Esta "verdadera demencia" de que habló nuestro legislador, debe tomarse como un concepto muy general que abarque todas las graves alteraciones mentales capaces de afectar la imputabilidad. Como se vio en el anterior aparte, la epilepsia puede alterar profundamente las fuerzas inhibitorias de la personalidad y, por consiguiente, hacer que el afectado por esta enfermedad quede comprendido en los límites de no punibilidad, al tenor del artículo 29 del Código Penal. Eso es lo que ocurre en el presente caso, al tenor de los dictámenes médicos, según los considerandos científicos hechos por el Auditor de Guerra de la 5ª Brigada y de acuerdo con los expositores de Psiquiatría. Y si no hay sujeto punible, por falta de imputabilidad, tampoco hay fundamento para seguir el juicio criminal.

Si se tratase de una apreciación simplemente psicológica sobre las causas morales que pueden modificar la responsabilidad, estaría en lo cierto el Comando de la 5ª Brigada al afirmar que el juez militar de derecho no podía apreciar y resolver sobre aquellas causas o elementos psicológicos. Pero como de lo que se trata en este proceso es de la decisión sobre un punto técnico, no de responsabilidad sino de mera imputabilidad, el de saber si el procesado es o no sujeto de Derecho Penal, tal decisión sí entra en las atribuciones del juez de derecho, de acuerdo con los artículos 29 del Código Penal y 1512 del Código de Procedimiento. Síguese de lo dicho que el juez militar a quo no obró ilegalmente al sobreseer; y que el auto del superior o juez ad quem pecó por exceso de celo al revocar el sobreseimiento y ordenar que se abriera causa criminal respecto de un hombre a quien se imputa el hecho de deserción o fuga, que es sintomático de la enfermedad nerviosa de que el mismo padece.

3º Facultad legal que tenga o pueda tener hoy la Corte para resolver sobre el fondo del proceso.

Los artículos 111 y 112 de la ley "De Justicia Militar" (84 de 1931) atribuyen a la Corte el poder de anular los procesos militares afectados por causa de nulidad; y particularmente en cuanto se relaciona con la aplicación de la pena legal.

Verdad que dicha ley prohibe a la Corte "variar la calificación hecha por el Consejo de Guerra respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado"; pero le ordena resolver "como tribunal de derecho en cuanto a la aplicación de la pena"; y pone como una de las causas que dan lugar a recurso de nulidad, la de "hacer una errónea aplicación de la pena legal" (numeral 6º del artículo 111, Ley 84 de 1931).

No puede negarse que se aplica erróneamente la pena legal cuando se le impone a un procesado que, al tenor de la legislación vigente, no es sujeto de Derecho Penal. De suerte que por este aspecto, el de errónea aplicación de la pena legal, compete a la Corte hacer la declaración de nulidad del proceso.

Hay causales de nulidad que apenas tocan con el procedimiento, pero hay otras que podrían llamarse sustanciales por cuanto afectan el fondo mismo o la materia del juicio. La incompetencia de jurisdicción puede presentarse ya como causa de nulidad simplemente adjetiva, por ejemplo cuando conoce del juicio un juez que carecía de competencia territorial, ya de nulidad sustancial, como cuando se ha adelantado procedimiento o juicio sin haber fundamento legal suficiente para ello. Y una nulidad sustancial es la que afecta el procedimiento en el caso que hoy estudia la Corte, puesto que se trata de un juicio seguido sin el "fundamento" legal necesario.

Si se considera el asunto por el aspecto de la incompetencia de jurisdicción, debe anularse el proceso en virtud del numeral 1º del artículo 111, de la Ley 84 de 1931; y si se mira por el aspecto de la errónea aplicación de la pena, es preciso anularlo en virtud del numeral 6º de aquella disposición.

El artículo 115 de la Ley 84 de 1931 dispone lo siguiente:

"En caso de errónea aplicación de la pena, la Corte aplicará la que corresponda de acuerdo con el veredicto del Consejo de Guerra".

Es obvio que la Corte puede ejercitar la precitada facultad cuando el error en la aplicación de la pena consista en el hecho de no haberse impuesto la señalada por la disposición legal pertinente al caso, sino por otra disposición legal; o cuando la naturaleza o la cantidad de la pena que impuso la sentencia no encajen dentro de la pena tal como está prevista por la ley. Pero en casos como el presente, en que se trata no ya sólo de aplicación equivocada de cierto artículo de la ley, sino de un error fundamental en la aplicación de la pena por cuanto no era el caso de aplicar ninguna, es claro que al dictar el fallo no puede la Corte asignar pena porque sería tanto como ponerlo en contradicción consigo mismo.

En fuerza de los considerandos formulados, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, 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, anula desde el auto fechado el doce de agosto de mil novecientos treinta y cinco y proferido por el Comando de la 5ª Brigada del Ejército, el juicio seguido contra el soldado Manuel A. Castro Morales, por deserción, y declara terminado el procedimiento por el hecho de que se trata.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Maio Baños, Srio. en ppdad.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO DE LOS MENOS GRAVES

Dados los términos explicativos en que está concebido el veredicto del Jurado, el cual a su vez encuentra apoyo en varios elementos del proceso, preciso es considerar el homicidio cometido por Gallo, como de los menos graves. Hay en nuestro derecho positivo gradaciones definidas en la penalidad en lo referente al homicidio simplemente voluntario. El C. P. las agrupa en tres grandes categorías: 1ª La que corresponde al típico homicidio simplemente voluntario concretado a los casos del art. 587; 2ª La que corresponda a los casos incluídos en el art. 603, cuando media riña promovida por el occiso, sin que exista alevosía, y también la de los casos menos graves entre los definidos por el art. 587 en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º; y 3ª. Los casos de disposición especialísima, que son los que, teniendo ciertas notas de los contemplados en el art. 587 del Código, especifican los artículos 603 a 607, inclusive. A esta última gradación se refiere el inciso final del art. 602, en donde se lee los "que no sean objeto de disposición especial".

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

Habiéndose interpuesto oportunamente recurso de casación por el doctor José Gabriel Venegas, defensor de Alirio Gallo, condenado por los delitos de homicidio y heridas en las personas de Otoniel Díaz y de la mujer de Gallo, respectivamente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, que reformó el fallo de primera instancia proferido por el Juez 2º Superior del mismo Distrito, concedió el recurso propuesto. La sentencia del Tribunal impone a Gallo la pena de seis años ocho meses de presidio, con las accesorias correspondientes.

Está cumplida la tramitación propia del recurso. Se pasa a decidir, y para ello se considera:

Primero.—El fundamento del recurso:

El recurrente Alirio Gallo, en memorial de 18 de septiembre de 1935, demanda la sentencia del Tribunal, por ser ésta violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

La causal invocada es la primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Segundo.—Base de la sentencia recurrida:

Alirio Gallo fue enjuiciado por los delitos de homicidio y heridas perpetrados, respectivamente, en las personas de Otoniel Díaz y Francisca Barón. Sobre este enjuiciamiento, el Juez a quo propuso las sendas cuestiones únicas, que dicen, en su orden:

"Serie primera;

"Cuestión única.

"El acusado Alirio Gallo es responsable, sí o no, de haber dado muerte voluntariamente a Otoniel Díaz, quien falleció a consecuencia de hemorragia cerebral, ocasionada por una violenta herida hecha con instrumento contundente (palo) en la cabeza, hecho sucedido como a eso de las seis y media a siete de la noche del día siete de agosto del año de mil novecientos treinta y dos, en cuadras de la población de Chivatá?"

"Serie segunda;

"Cuestión única:

"El acusado Alirio Gallo es responsable, sí o no, de haber ejecutado voluntariamente heridas, golpes y malos tratamientos en la persona de su legítima esposa Francisca Barón, en la cabeza y con instrumento contundente (palo), que le produjeron siete días de incapacidad sin otras consecuencias, hecho ocurrido el mismo día, hora y lugar a que se refiere la cuestión única de la serie primera?"

El Jurado resolvió ambos cuestionarios afirmativamente, pero agregó una circunstancia modificativa o explicativa sobre cada uno de los hechos sometidos a su consideración. Ambos veredictos son del tenor siguiente:

"Sí, procediendo en ese preciso momento bajo la pasión de celos justificados".

La respuesta, para una y otra cuestión, fue unánime. La firman los cinco miembros del Jurado con la explicación transcrita.

La sentencia de primera instancia, graduando la culpabilidad de Gallo en tercer grado, le condenó a la pena de seis años quince días de presidio. Aplicó los artículos 587 y 600 del C. P. para el caso de homicidio simplemente voluntario perpetrado

en la persona de Otoniel Díaz, y sancionó el de heridas, golpes y malos tratamientos inferidos a Francisca Barón, habida consideración de la incapacidad de siete días que resultó a ésta, con el artículo 649 de la ley penal.

El Tribunal modificó la sentencia de primera instancia aplicando al delito de heridas la pena señalada en el artículo 652 del C. P., artículo que señala como sanción la mínima de ocho meses de presidio. La modificación consistió en la aplicación del artículo citado al caso, en vez del 649 de la ley penal aplicado por el Juez a quo. Adicionó también el Tribunal la misma sentencia disponiendo se diese aviso, por el Juez sustanciador, al Jurado electoral del domicilio del reo, de la condena para los efectos del sufragio, como lo dispone el Decreto Ejecutivo Nº 944 de 1934.

En resumen, la reforma de la sentencia se concretó a la pena impuesta por el delito de heridas sancionándolo con ocho meses de presidio por violación del artículo 652 del C. P. y mantuvo la pena de seis años de presidio para el de homicidio.

Por manera que la sentencia definitiva de cuya revisión se trata condena a Alirio Gallo a la pena de seis años, ocho meses de presidio y a sus accesorias.

Desarrollando el fundamento de la causal invocada, el recurrente considera:

a) La respuesta del Jurado.

Que tanto lo referente al delito de homicidio, como lo referente al de heridas, está indicando, por lo explicativo del veredicto, que ambos hechos se ejecutaron bajo la pasión de celos justificados. De ahí que razone en esta forma:

"Para un hombre que encuentra a su esposa en brazos de otro hombre, llevada a consumar la unión carnal, constituye eso la mayor ofensa, la mayor injuria, la mayor deshonra, que se le puede irrogar. Esa fue la situación que el Jurado declaró; luego al Juez no le quedaba, lo mismo que al Tribunal, otra solución sino la de aplicar la disposición que más cuadrara, la que más se aviniera al veredicto y a la realidad de los hechos certificada, declarada por el Jurado. El Jurado de calificación aceptó como verdad incuestionable que yo había procedido por celos justificados, o sea porque encontré a mi esposa, de noche, en lugar retirado de la casa, no vigilado por nadie, en brazos del seductor Otoniel Díaz, quien la conducía a abusar sexualmente de ella; por eso igualmente la castigué hiriéndola con un palo".

Agrega luégo el recurrente, que en estas circunstancias era natural que su apoderado sostuviera su inculpabilidad por tratarse de un homicidio de esa clase, de uno de los casos contemplados en el numeral 9º del artículo 591 del C. P.

A esto observa la Sala que los hechos, según el auto de proceder, ocurrieron en forma distinta de la narrada por el recurrente. Extractando de lo esencial de los autos, lo ocurrido, lo relata en su vista, el Procurador, así:

"Como a las seis y media de la tarde del siete de agosto de 1932 estuvieron conversando en el portón de la casa de Alirio, la esposa de éste y Otoniel Díaz, sin que las personas que los observaban notaran otra cosa sino que tomaban guarapo sacado de la tienda vecina, conversaban, se miraban, reían y se decían compañeros. Hacia las siete de esa misma noche llegó Alirio Gallo del campo y, probablemente disgustado de encontrar a su esposa conversando con Díaz, le dio a ésta un garrotazo con un bordón de guayacán y seguramente apaleó también a Otoniel, pues a pocos momentos fue encontrado muerto en la calle, muy cerca de donde había estado conversando con la mujer, con una terrible herida en la cabeza hecha con instrumento contundente; y Agustín Cruz sintió desde su casa tres golpes como con palo, y la voz de Alirio que decía: 'No sea guache, no sea cochino', y después las voces de Cantalicio Díaz diciendo: 'Mataron a mi hijo y quien lo mató fue Alirio Gallo'."

No corresponde, pues, el hecho narrado a uno de los casos contenidos en el inciso 9º del artículo 591 del C. P., o sea a un homicidio inculpable. El veredicto, tampoco mira hacia esa solución. Baste considerar que fue afirmativo en cuanto a la responsabilidad, aunque agregó respecto de ésta una circunstancia explicativa: la de proceder, el actor, bajo la pasión de celos justificados, en el preciso momento de su acción.

Por el aspecto comentado, y en consonancia con el cuestionario, con el veredicto y con los hechos del proceso, concluyese que no es aplicable al caso, como lo pretende el recurrente, el artículo 591 del C. P. La mala aplicación de la ley o la mala interpretación de ella, no surge por tal motivo. El mismo recurrente, en la parte final de su alegato, desecha esa consideración y ese argumento, e invoca como disposición pertinente la del artículo 604 del C. P.

b) El mismo veredicto indica mala aplicación de la ley:

El recurrente, en la parte final de su alegato, pide la aplicación del artículo 604 del Código Penal.

Sobre esa alegación subsidiaria se plantea, desde luego la cuestión.

El veredicto es la base de la sentencia. Así lo ordena el artículo 324 de la ley 57 de 1887. El veredicto de este proceso dice:

"Sí, procediendo en ese preciso momento bajo la pasión de celos justificados".

Este veredicto afirma la responsabilidad de Gallo en las heridas y en el homicidio, pues las respuestas son idénticas.

La afirmación de esa responsabilidad encaja el hecho en el homicidio simplemente voluntario. Es el homicidio contemplado en el artículo 587 del C. P. Esta clase de homicidio se sanciona con seis a doce años de presidio, menos en los casos previstos en disposición especial, según lo manda el artículo 600 de la misma ley penal.

El artículo 602 considera los casos de responsabilidad atenuada en la especie de homicidio simplemente voluntario, cuando ha mediado riña, y ésta proviene de provocación directa o de ofensas, deshonras o injurias graves que excluyen la premeditación, pero sin que haya habido traición o alevosía. Y estos casos, de disposición especial, se castigan con tres a seis años de reclusión.

Igual pena se aplica a los homicidios menos graves, agrega el inciso 2º del artículo 602, a juicio del juez, entre los definidos en el artículo 587 del Código por los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º de este último. Pero de estos casos se excluyen, a su turno, otros contemplados especialmente por el Código. Ellos son los comprendidos desde el artículo 603 al 607, inclusive.

Por lo dicho, tiénese que en tratándose de homicidio simplemente voluntario, hay en nuestro derecho positivo gradaciones definidas en la penalidad. El Código las agrupa en tres grandes categorías:

1ª La que corresponde al típico homicidio simplemente voluntario concretado a los casos del artículo 587;

2ª La que corresponde a los casos incluídos en el artículo 602, cuando media riña promovida por el occiso, sin que exista alevosía, y también la de los casos menos graves entre los definidos por el artículo 587 en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º y 7º; y

3ª Los casos de disposición especialísima, que son los que teniendo ciertas notas de los contemplados en el artículo 587 del Código, especifican los artículos 603 a 607, inclusive. A esta última gradación se refiere el inciso final del artículo 602, en donde se lee los "que no son objeto de disposición especial".

Estatuye el artículo 604:

"El que siendo provocado por alguna ofensa, injuria o deshonra grave, cometidas hacia su propia persona o la de alguna de las expresadas en el artículo 587, mate en el acto mismo al provocador, sufrirá una reclusión de seis meses a un año".

Corresponde esta sanción y este caso a la última categoría de que se viene hablando. Es un caso de homicidio simplemente voluntario. Tan definido está que su texto hace relación al artículo 587, que es el referente al homicidio simplemente voluntario. La diferencia de uno y otro artículo consiste en que en el típico homicidio simplemente voluntario la provocación se efectúa inmediatamente antes del homicidio, dirigiéndola ya al propio homicida, ya a sus parientes, pudiendo ocurrir riña promovida por el ofendido.

En el caso del 604, la provocación y la reacción que causa la muerte es simultánea. En esta modalidad la ofensa puede dirigirse contra las mismas personas designadas en el numeral 1º del artículo 587.

En la sentencia demandada, el veredicto del Jurado fue afirmativo; agregó, sin embargo, una circunstancia explicativa que naturalmente modifica, atenúa la responsabilidad de Alirio Gallo. Si el Jurado hubiese respondido con la sola afirmación de la responsabilidad sin agregar nota o modalidad sobre ella, es claro que ese veredicto encajaría la penalidad, correspondiente al caso, en el artículo 600 del C. P. Mas al adicionar su afirmación agregó una modalidad que atemia esa responsabilidad, y la saca de la sanción del artículo 600, colocándola en una disposición especial.

La respuesta del Jurado atendió a circunstancias especiales, las cuales encuentran apoyo en varios elementos del proceso, v. gr., los antecedentes de la mujer de Gallo. Eso explica los celos justificados que menciona el veredicto. Los celos conturban el ánimo. Obnublan el entendimiento. Deforman los hechos, por manera que hasta los más indiferentes constituyen un problema torturante para el celoso. Y en este estado de angustia un hecho de significación corriente, que objetivamente no es injuria, y que no puede reputarse tampoco objetivamente, por cualquier espectador, como ofensa o deshonra grave, genera subjetivamente, en quien sufre la pasión de los celos, un movimiento impulsivo, un arrebato súbito, un acto primo que lleva hasta el delito, y que es determinante de la agresión.

Las circunstancias en que Gallo halló a su mujer conversando con Díaz, bebiendo guarapo y diciéndose compañeros, pueden no ser objetivamente por sí mismas motivos de una provocación, y no implican para extraños una deshonra o una injuria. Empero, el Jurado halló que los hechos aludidos constituían para Gallo, provocación e injuria o deshonra. De otra manera no se explica la respuesta afirmativa, con la modalidad o matiz que surge del veredicto. De otro lado, los antecedentes de la mujer dan asidero a esa apreciación.

Y como la sentencia ha de basarse en el veredicto del Jurado, la Sala conceptúa que ella tiene que conformarse a esa respuesta. Hubo, pues, una mala aplicación de la ley penal. La sanción correspondiente debe ser la del 602 en su inciso 2º, con relación al caso 1º del artículo 587, no la del artículo 600 del C. P. De ahí que prospere el recurso interpuesto con fundamento en la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

La pena aplicable es la del artículo 602 en su inciso 2º, en relación con el numeral 1º del artículo 587. Se trata de una responsabilidad atenuada en el homicidio voluntario. El veredicto la considera así por ser explicativo, por hallarle un motivo apreciable al acto. El caso es, pues, uno de los especificados en el numeral 1º del artículo 587, y el espíritu del veredicto permite considerarlo de los menos graves.

Los Jurados son Jueces. Lo son de hecho, juzgan en conciencia, es decir, según su propio discernimiento. Luego la conclusión de menor gravedad quisieron puntualizarla en la forma de su respuesta para que el Juez de derecho la tuviese en cuenta al pronunciar la sentencia.

La tarea de este último consiste en acomodar precisamente, hasta donde ello sea posible, la calificación de la responsabilidad hecha por el Jurado, a los artículos del C. P. que sancionen cada fenómeno o forma jurídica de la responsabilidad. Tarea es ésta ardua, cuya dificultad crece cuando el sistema, adoptado por la ley positiva, es casuístico, como acontece en nuestro actual Código Penal.

La variedad de matices sobre la responsabilidad que surgen de un veredicto, da ocasión a vacilaciones y a decisiones que fijadas en una sentencia, determinan una mala aplicación de la ley penal. En el sistema de nuestro Código, varios artículos permiten, con gran facilidad, confundir una modalidad con otra, por contener ellos casi las mismas circunstancias para casos que son distintos, cuya distinción sin embargo debe apreciar, con nimio cuidado, el Juez de derecho al aplicar la sanción, encajando el caso en el artículo más pertinente a la respuesta del Jurado.

Esta confusión, ocasionada por lo expuesto, a primera vista y como lo alega el recurrente, daría pie para aplicar el artículo 604, muy semejante en su contenido al inciso 2º del artículo 602 en relación con el numeral 1º del artículo 587. Ambos artículos hablan de provocación, ofensas, injurias o deshonras graves inferidas al propio homicida o a determinados familiares.

En el primero, la provocación y la agresión son simultáneos. La muerte se da al provocador en el acto mismo. Es un acto primo. Caso distinto es el contemplado en el artículo 587 en su inciso 1º En este último media también una provocación, un hecho ofensivo o ultrajante ejecutado inmediatamente antes del homicidio, pero su consumación es, por lo literal de la frase "inmediatamente antes", empleada en el inciso, distinta de la expresión "mate en el acto mismo al provocador", usada en el 604, lo que está indicando simultaneidad de acciones.

La respuesta del Jurado, afirmativa en cuanto a la responsabilidad de Gallo, pero explicativa de ella, porque dijo que procedió en el preciso momento, bajo la pasión de celos justificados, permite apreciar que el juicio que acerca de esa responsabilidad se formó el Jurado, es de un caso menos grave de los de homicidio simplemente voluntario.

De allí que para la Sala la sanción aplicable legalmente sea la determinada en el inciso 2º del artículo 602; y no la de la sentencia recurrida. Esto hace atendible la causal alegada, para casar en esa parte la sentencia.

Maguer lo expuesto cabe una distinción final.

El análisis del artículo 604, del 602 en su inciso 2º y del 587 en relación con el 600, que fue el que aplicó la sentencia, conduce a confrontar estas disposiciones con el numeral 6º del artículo 587, caso no contemplado como de los menos graves por el artículo 602, y que reafirma que la sanción efectivamente legal debe ser la que en esta sentencia se indica.

En efecto, si hubiese de aplicarse, como lo hizo la sentencia, el artículo 600 en relación con el 587, enfocando la responsabilidad al inciso 6º del segundo de los artículos

aludidos, se toparía con la dificultad que surge de los mismos términos del veredicto.

El veredicto concreta la responsabilidad de Gallo, pero la explica diciendo que procedió, en el momento de la agresión a Díaz, bajo la pasión de celos justificados. Tal respuesta no casa, no se armoniza, ni con la letra ni con el espíritu del inciso 6º, porque éste se refiere a homicidio efectuado en acto primo, o sea, "el arrebato súbito e impensado de una pasión".

En el caso analizado, que en su integridad debe acoplarse al veredicto, éste puntualizó, no un acto primo, sino una pasión de celos justificados, generadora del homicidio.

Los celos justificados no son producto de un acto primo. Tienen una gestión compleja anterior. Lo justificado de ellos, que así los apreció el Jurado, emana de la conducta anterior de la mujer de Gallo, según lo indican declaraciones sobre su conducta, equívoca, para el agresor, en el momento en que dio el garrotazo al occiso Díaz.

Respecto del delito de heridas, para cuya sanción el Tribunal aplicó el artículo 652 del C. P., sanción sobre la cual también se extiende la causal primera, puesto que la sentencia en la totalidad de la pena impuesta engloba la correspondiente a ese delito acumulado, cabe observar:

El citado artículo se aplica cuando las heridas o maltratamientos de obra se causan voluntariamente a determinados familiares, entre ellos al cónyuge, conociendo a quien se infieren.

La ley positiva reagrava entonces la penalidad por razón del parentesco.

Dispone el mismo artículo que en tal evento las penas de reclusión y arresto se convierten en presidio, sin deducción alguna; y que la pena no bajará, en ningún caso, de ocho meses de presidio.

La sentencia aplicó el mínimum del artículo 652, o sea ocho meses de presidio. La respuesta del Jurado fue calificada. Contestó afirmativamente el cuestionario respectivo, pero atenuó la responsabilidad en la misma forma que lo hizo para el homicidio de Díaz.

Pero no obstante la atenuación que contiene el veredicto, la sanción está bien aplicada y no hay errónea imposición de la ley penal, es decir, no hay motivo para casar la sentencia, con fundamento en la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931. Así lo resuelve la Sala por las dos razones siguientes:

Primera.—Porque el artículo 660 del C. P. permite una atenuación en la sanción sobre heridas y maltratamientos de obra en los casos que eximen de la pena común al homicidio voluntario, contemplados en los artículos 604 al 608. En esos casos la pena se reduce a la cuarta parte de la señalada para las heridas en todo el Capítulo 6º del Título 1º del Libro III.

La referencia que hace el artículo 660 a los artículos 604 al 608, es limitativa.

Además, al analizar la disposición aplicable al caso del homicidio de Díaz vióse que éste es un caso de homicidio voluntario de los menos graves, clasificación distinta de la que hacen los artículos 604 al 608, y que debe tenerse en cuenta, porque los hechos punibles imputados a Gallo fueron sucesivos y determinados por la pasión de los celos, al tenor del veredicto. Así, pues, es distinto este caso de los específicos del 604 al 608, cuya existencia es condición previa para que se pueda hacer la disminución de la pena señalada en el artículo 652.

Segunda.—Porque el artículo 652 aplicado por la sentencia, teniendo en cuenta que la cónyuge de Gallo fue la herida por éste, sin confusión de ninguna clase, establece de manera imperativa, que la pena no bajará en ningún caso de ocho meses de presidio. Este imperativo, mandato legal, nacido sin duda de las relaciones de parentesco para la agravación de la pena, precisamente por ser imperativo y concreto al caso, no permite al Juzgador aplicar distinta sanción.

De lo dicho se desprende que en esta parte la sentencia no es casable.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo en parte con el señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y dando aplicación al artículo 4º de la ley 118 de 1931, casa parcialmente la sentencia recurrida, por la causal 1ª del artículo 3º de la misma ley, y en su lugar condena a Alirio Gallo, mayor de edad, natural y vecino de Chivatá (Boyacá), casado con Francisca Barón, agricultor y católico, calificando su delincuencia en tercer grado, a sufrir la pena de tres años ocho meses de reclusión en el establecimiento de castigo que designe el Poder Ejecutivo y a las accesorias correspondientes, que son: pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el Estado, suspensión indefinida de los derechos políticos, pago de las costas

procesales e indemnización por los delitos causados.

Para la fijación de estas penas se aplican los artículos 587, 602, 652, 124, 42 y 87 del C. P.

Asímismo ordénase que por el señor Juez de primera instancia se dé cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 16 del Decreto Ejecutivo Nº 944 de 1934 para los efectos del sufragio.

Como el reo ha estado detenido desde el 8 de agosto de 1932 hasta la fecha, es decir, 3 años, 10 meses y 16 días, ha cumplido con mucho la pena que le corresponde, según lo resuelto por la Corte, casada como ha sido la sentencia cuyo fallo sustitutivo le condena a 3 años 8 meses de reclusión. Por lo tanto, con aplicación del artículo 75 de la ley 100 de 1892, ordénase la libertad inmediata de Alirio Gallo, a cuyo efecto líbrese por conducto de la Secretaría la orden telegráfica al Director del Penal de Tunja, lugar en donde se halla detenido el reo.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias. Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

SE ALEGA QUE EL DELITO NO FUE DE HOMICIDIO SINO DE HERIDAS

En los casos del artículo 621 del código penal, la causal de casación que puede prosperar, de aparecer claramente demostradas las circunstancias de que allí se trata, no es la 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931 sobre injusticia notoria, sino la 3ª del mismo artículo, consistente en la violación de la ley por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Luis Erasmo Vargas o Duque fue condenado por el Juzgado superior del distrito judicial de Pereira, en sentencia de fecha 27 de septiembre de 1934, como responsable del delito de homicidio simplemente voluntario en la persona de Segundo Ospina, calificada su delincuencia en tercer grado, a sufrir la pena principal de seis años de presidio y las accesorias de rigor, dando para ello aplicación al artículo 600 del Código Penal.

La cuestión propuesta al jurado fue la siguiente:

"¿El acusado Luis Erasmo Vargas o Duque, mayor de edad, natural de Calarcá y vecino de Salento, es responsable de haber dado muerte a Segundo Ospina, por medio de una herida que le infirió en la cabeza con arma cortante, hecho ocurrido dentro del poblado del Municipio de Salento, como a las cuatro de la tarde del día cinco de noviembre de mil novecientos treinta y tres, y a consecuencia de la cual falleció Ospina en la misma población de Salento, el diez y ocho del mismo mes, y en la comisión del acto procedió el acusado voluntariamente?"

Esta cuestión fue contestada de modo afirmativo por tres de los miembros del jurado, y por los otros dos, en la siguiente forma:

"No, pero sí es responsable del delito de heridas".

La providencia del Juzgado fue confirmada en sentencia de fecha 13 de abril de 1935 por el Tribunal superior de Pereira, a donde subió el expediente en virtud de apelación.

Interpuso recurso de casación el defensor del sentenciado contra el fallo de segunda instancia.

Concedido que le fue y surtidos en esta Sala los trámites de regla, es el caso de resolver, y a ello se procede.

Como historia del asunto, se transcriben los siguientes pasajes del auto de enjuiciamiento:

"Dentro de la población del municipio de Salento, en un barrio destinado a mujeres públicas, fue herido de gravedad el señor Segundo Ospina, el día cinco de noviembre de mil novecientos treinta y tres, y noticiado de ello el señor alcalde del lugar, procedió a iniciar y adelantar el sumario respectivo en averiguación del hecho y su responsable o responsables.

Como primera diligencia se recibió declaración instructiva al herido Segundo Ospina, quien se expresó así: '... Con relación a la herida que ahora padezco en la cabeza, sólo sé decir bajo la gravedad del juramento que tengo prestado, que ahora como a eso de las cuatro de la tarde, que me trasladé a la esquina de la cantina y tienda del señor Mauricio Martínez, tienda sita en el barrio de mujeres públicas de esta cabecera, con el fin de cobrarle al señor Erasmo Vargas un dinero que me debe por concepto de unos jornales. En efecto, al encontrarme con tal Vargas le cobré, y sin decirme nada me tiró con una arma que yo no me dí cuenta. Con tal arma me causó la herida que ahora sufro en la cabeza. Yo no tenía enemistad personal con mi heridor...'

Otros testigos que presenciaron los hechos declaran de acuerdo con lo afirmado por el ofendido y por el testigo Miguel Jaramillo, y aún agregan que el sindicado Vargas, después de que causó a Segundo Ospina la herida que lo llevó a tierra, le propinó así en el suelo unos cintarazos con la misma peinilla con que lo había herido, y esto cuando el herido intentaba levantarse, y que luégo el sindicado Vargas se entró por una casa de la cual salió por un cafetal y emprendió fuga.

Al siguiente día de haber sido herido Ospina, fue reconocido por los peritos doctor Bernardo Gómez Gómez y Antonio José Salazar, quienes dijeron haberle hallado una herida producida por arma blanca, situada en la región parietal izquierda antero-posterior, a siete centímetros de la línea media, de nueve centímetros de longitud por dos y me dio de latitud, que interesó el cuero cabelludo en su espesor, aponeurosis epicraneal, periostio y tabla ósea externa, con derrame sanguíneo, la que, a juicio de los peritos, produciría al ofendido una incapacidad para trabajar como antes durante veintidós días.

El diez y ocho del mismo mes, o sea trece días después de herido Segundo Ospina, murió en la misma población de Salento, y la autopsia correspondiente le fue practicada por el mismo médico que intervino en el primer reconocimiento, y en esa diligencia constató, contra lo sostenido en el dictamen anterior, que la herida había sido penetrante del cráneo y había interesado las meníngeas y la masa encefálica, concluyendo que ella había sido causa mediata de la muerte, pues que la causa inmediata había sido la meningitis que se produjo por la infección de la misma herida, que no era, por sus caracteres, necesariamente mortal. Agregan los peritos autopsiantes que el error del primer dictamen consistió en la imposibilidad de tomar una radiografía craneal, y en la oposición que los padres del herido manifestaron para que se le trasladara al Hospital de Armenia con el fin de practicarle una intervención, para ver de salvarle la vida al paciente, procurando evitar la meningitis que se presentó como resultado de la infección de la herida.

Los doctores Eduardo Uribe Ruiz y Emilio Trujillo, médicos con carácter oficial de este municipio, estudiaron las diligencias de reconocimiento del herido y aptousia practicada en su cadáver, y en relación con ellas dan el siguiente dictamen: 'Sí, como los peritos dicen, el arma, machete o peinilla, penetró y seccionó la masa encefálica, en nuestro concepto, la herida era necesariamente mortal. Las estadísticas europeas dan una mortalidad de un noventa por ciento para esta clase de heridas; nuestras estadísticas dan un noventa y ocho a noventa y nueve por ciento, estadísticas naturalmente con intervención, que sin ella, la mortalidad copa y arropa y definitivamente se extingue quien sufre esa clase de heridas. La radiografía craneana y la trepanación de localización hubieran sido muy útiles, la primera para el diagnóstico y la segunda para la descompresión y levantamiento de fragmentos óseos comprensores, en caso de que hubiera existido; pero en este caso sólo se hubiera hecho un diagnóstico. Estudiado cuidadosamente el herido, en un principio, también se hubiera llegado a él, pues la brecha que abrió el machete o peinilla para llegar hasta destrozar la masa encefálica, tenía que ser visible con solo poner los dedos y los ojos, y una vez llegados a la conclusión de que el cerebro había sido interesado, proceder a instalar una desinfección y una medicación que tratara de evitar la infección que era inminente, y de resultados tan inestables, como lo demuestran las estadísticas de que hablamos en un principio. Para nosotros hubo descuido en el herido, descuido imperdonable en un profesional, pero que no fue ese descuido el causante de la muerte del herido; la muerte se la produjo el machetazo que le destrozó el cerebro, órgano delicadísimo, cuya lesión produce la muerte de una manera casi —por no decir— absolutamente necesaria...'

Basta ver el anterior concepto pericial, rendido científicamente por profesionales distinguidos, para llegar a la conclusión de que Segundo Ospina murió por efecto inmediato y natural de la herida que le fue infe-

rida por el sindicado Erasmo Vargas con arma cortante. Y como al folio 20 se trajo copia de la partida de defunción, en que consta que al cadáver del nombrado Segundo Ospina se le dio sepultura eclesiástica en el cementerio de Salento, el día diez y ocho de noviembre de mil novecientos treinta y tres, con esas diligencias se estableció el cuerpo del delito de homicidio en toda su materialidad.

La responsabilidad del agente, que no es otro que el ya citado Erasmo Vargas, se demuestra con las declaraciones del occiso que alcanzó a rendir en vida, con la de Miguel Jaramillo, Miguel Angel Muñoz, Enrique Montes, Alicia Echeverri, Carmen Gutiérrez y Alejandro Arias, quienes presenciaron el acto ejecutado por el sindicado Vargas, y están de acuerdo en señalarlo como autor de la herida que le infirió a Ospina y que le produjo la muerte algunos días después, en condiciones agravantes por demás, ya que para ello no medió provocación a riña ni siquiera aceptación por parte del occiso, ni ofensa alguna de parte de éste contra su gratuito victimario.

El sindicado Vargas, en la indagatoria que rindió, se limita a negar todos los hechos delictuosos sobre que se le indagó, y dice que no se da cuenta de lo que le hubiera sucedido, por cuanto en la fecha y hora por que se le averigua, se encontraba demasiado embriagado.

Al respecto, deben tenerse en cuenta las declaraciones de los agentes de policía Pantaleón Naranjo y Abel Ramírez, agentes de policía a quienes tocó capturar al sindicado Vargas, unos quince minutos después del suceso, y aseguran que Vargas se hallaba en completo estado de normalidad, esto es, que no se hallaba embriagado cuando lo capturaron".

Invoca el recurrente la causal 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea la tacha a la sentencia de que es violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, cuestión que en el presente caso ofue debatida previamente en las instancias. Para sustentarla, se expresa como sigue:

"Fundamento

Art. 3º de la ley 118 de 1931, causal 5ª

En la segunda instancia, señores Magistrados, fue debatida legalmente la causal que invoco, pues la sentencia se dictó sobre un veredicto viciado de injusticia notoria.

Contra los alegatos de la defensa, que sostuvo como sostengo yo que en mi caso se trata de un delito de heridas, se opuso la teoría del señor fiscal del Juzgado superior que consideró que en la muerte de Segundo Ospina se había realizado un delito de homicidio.

El señor fiscal del tribunal superior, en el alegato de mi causa, sostuvo que existió un delito de heridas y que como a heridor debía penárseme. Posteriormente, los HH. Magistrados confirmaron la providencia del juez 'a quo', que aplicando el artículo pertinente del C. P. me impuso seis años de presidio por una herida que inferí a Segundo Ospina sin intención de darle muerte.

En efecto: consta que el día de los hechos, cuando Ospina pasaba por una cantina donde yo libaba licores, salí y le propiné un machetazo en la cabeza. El médico de la ciudad de Armenia vino hasta Salento, población de los hechos, donde prescribió dieta y ordenó, a pesar de la renuncia familiar, que se llevaran al herido a la primera de esas ciudades, donde fuese posible tenerlo en observación cuidadosa. El médico consideró que la incapacidad sería de 18 días. Pasados algo más de veinte fue llamado urgentemente a practicar la necropsia. Dice en la citada diligencia que la muerte sobrevino por una meningoencefalitis ocasionada por infección de la herida, y agrega que en Armenia no hubiese ocurrido el caso. Naturalmente: si se trataba de una herida en el cerebro, que le interesó en mínima parte, era menester tratamiento adecuado que pudiese, por los síntomas, precisar el momento en que se hiciera indispensable trepanar y drenar para evitar la generalización de la infección.

A la audiencia se presentó la defensa con el estudio de tres médicos más, que coadyuvaban lo dicho por el médico legista de Armenia, y, a pesar de eso, los jurados dieron un veredicto de homicidio simplemente voluntario, lo que es injusto y absurdo.

Del hecho mismo que constituye el cuerpo del delito se desprende que se trata de heridas, simplemente, y que por ese delito debo responder. ¿Dónde está mi intención de matar cuando herí levemente, una sola vez, y suspendí la ejecución de ese mismo hecho antisocial? Si hubiese querido matar a Segundo Ospina yo le habría dado más de un machetazo. Si, como lo dice el médico en la autopsia, la muerte ocurrió porque los familiares de Ospina no lo dejaron ir a Armenia, ¿por qué culpárseme de que haya muerto?

Causa con más viva claridad no se presenta a los señores Magistrados: yo pido atentamente que la H. Corte ordene la reunión de un nuevo jurado que vea mi causa otra vez, porque el veredicto que se dio es injus-

to. La respuesta de los jurados, dada por mayoría, es una falta contra la evidencia y la justicia.

Yo no quise matar a Ospina; cuando lo vi herido suspendí el ataque; es evidente que murió Ospina por una infección que produjo la meningoencefalitis, lo que certifican cuatro médicos, incluso el que vio la herida y practicó la necropsia. Por estas razones, todas claras, vosotros, señores Magistrados, debéis ordenar que el juicio vuelva a audiencia pública".

La Sala observa:

Es condición necesaria para que haya injusticia notoria, y ésta pueda declararse, que las decisiones del jurado sean contrarias a la evidencia de los hechos.

En el presente asunto está comprobado con declaraciones de varios testigos presenciales que Luis Erasmo Vargas dio a Segundo Ospina un tremendo machetazo en la cabeza; y según el dictamen de los médicos oficiales que estudiaron las diligencias de reconocimiento de Ospina y la autopsia practicada en el cadáver, la causa determinante de su muerte, ocurrida trece días después, fue la herida que recibió.

Dados tales hechos, que estuvieron a la consideración del Jurado al dar su veredicto dentro del amplio radio de apreciación que la ley otorga a los jueces de conciencia, no puede deducirse en manera alguna que la conclusión a que llegó el de este proceso, después de estimar las razones de la defensa, se halle reñida con los elementos procesales, sino que, por el contrario, a ellos se ajusta estrictamente.

Pero lo que aquí principalmente ocurre es que se pretende encajar dentro de la causal 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931 sobre injusticia notoria, los motivos de casación de la causal 3ª ibídem, consistentes en la violación de la ley por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. En efecto, se sostiene que en el caso de la muerte de Ospina no hubo homicidio, sino heridas.

Y tan descaminado va el recurrente, que pretende que al casar la sentencia del Tribunal de Pereira se ordene la convocatoria de un nuevo jurado que lo juzgue por las heridas que le infirió a Segundo Ospina; cuando si la causal 3ª se hubiese invocado y fuera atendible, lo procedente no sería la reunión de nuevo jurado, sino el envío de los autos al Juez de Circuito para el juzgamiento de esas heridas (ley 118 de 1931, artículo 4º, inciso 3º).

Ahora, no obstante que la causal 3ª dejó de alegarse, lo que bastaría para despachar el negocio en forma adversa a las pretensiones del recurrente, aun invocada, en el presente asunto no podría prosperar, pues para ello sería necesario que apareciera claramente demostrado que la muerte de Ospina no fue consecuencia necesaria de la herida que le infirió el procesado, tal cual está previsto en el artículo 621 del Código Penal.

Esta demostración no puede fundarse en unos cuantos conceptos de facultativos, en los cuales solamente se hacen disertaciones en abstracto sobre los efectos de heridas como la sufrida por Ospina, y respecto de los tratamiento que en general deben observarse en circunstancias de esa clase.

Por ello no es fundada ni puede prosperar la causal de casación invocada por el recurrente, y el fallo del Tribunal de Pereira debe mantenerse firme.

Sobre el particular, el señor Procurador se expresa del siguiente modo:

"La causal de que se trata es inepta o impertinente para alcanzar el fin deseado, porque el veredicto de un Tribunal de conciencia no puede nunca declararse notoriamente injusto, cuando él no es contraevidente, es decir, cuando no se aparta en absoluto de los hechos demostrados en el proceso. Y aquí no solamente tuvo el Jurado indicios de la perpetración del homicidio, sino la prueba plena y completa. En efecto: el Juez de derecho llamó a juicio por homicidio a Luis Erasmo Vargas, y de acuerdo con ese enjuiciamiento le formuló el respectivo cuestionario, que él contestó afirmativamente, atendiéndose a lo que aparecía de la causa y a los dictados de su conciencia, sin tener en cuenta la sugestión de la defensa, que quería situar el delito en condición de simples heridas. Para el jurado fue un hecho cierto, evidente, que Erasmo Vargas era responsable de haber dado muerte a Segundo Ospina por medio de una herida que le infirió en la cabeza con arma cortante, a consecuencia de la cual falleció dicho individuo. Por eso resolvió afirmativamente el cuestionario, afirmación basada en sus facultades legales; y en fuerza de ese veredicto los juzgadores de derecho sentenciaron por homicidio, cumpliendo así lo ordenado por los artículos 324, ley 57 de 1887, y 19, ley 169 de 1896, sin pensar por un momento en que debía declararse notoriamente injusto tal veredicto.

Veamos ahora lo que el estatuto penal dispone en relación con el punto de que se trata; dice el artículo 619:

"En los casos de que tratan los artículos anteriores, es necesario, para que se imponga la pena que en ellos se señala, que la persona contra quien se cometa el delito muera por consecuencia y efecto natural de

las heridas, golpes o violencias que se le hayan causado, dentro de los sesenta días siguientes a la perpetración del delito o de la culpa".

Y el artículo 621 se expresa así:

"En el caso de que dentro de los sesenta días, o después de ellos, muera el herido o maltratado, constando que no fueron mortales los golpes o las heridas, y que la muerte no fue efecto de ellas sino de la impericia de los cirujanos, de algún exceso del herido, o de otro accidente casual o inconexo con el delito, no será castigado el reo como homicida, sino como autor de heridas o golpes, según la incapacidad que debieran producir las que infirió, con arreglo al Capítulo 6º".

Ospina recibió sobre el cráneo una herida con machete, de nueve centímetros de longitud por dos y medio de latitud; esa herida fue penetrante e interesó meninges y masa encefálica, de suerte que era necesariamente mortal. Así se expresan los peritos Gómez y Salazar, Trujillo y Uribe Ruiz. Estos últimos dicen también:

'Para nosotros hubo descuido en el herido, descuido imperdonable en un profesional, pero no fue ese descuido el causante de la muerte del herido; la muerte se la produjo el machetazo que le destrozó el cerebro...'

De lo expuesto y de las demás pruebas del proceso tenemos que Ospina murió por consecuencia y efecto natural de la herida, que no podía ser más grave, a los trece días de haberla recibido, es decir, dentro de los sesenta días que señala el art. 619. Y tenemos también que no consta que la muerte fuera efecto de la impericia de los cirujanos, de algún exceso del herido, o de otro accidente casual o inconexo con el delito. De modo que sí era aplicable la pena por homicidio y no por heridas.

Uno de los médicos consultados por la defensa dice:

'No hubo descuido de parte del doctor Gómez, a quien no conozco, como lo sugieren con malévola complacencia los doctores Uribe Ruiz y Trujillo.

La causa inmediata de la muerte fue la infección de las meninges y del cerebro, cosas éstas que se realizaron, sin duda alguna, porque el herido se negó a trasladarse a Armenia, donde seguramente el caso no habría tenido el desenlace que tuvo...'

Como causa de la infección no se conoce ninguna; apenas el Tribunal la atribuye al desaseo del arma con que se produjo la herida. Pero en todo caso es cierto que en la muerte de Ospina no pueden contarse como factores ni a los médicos, ni a un exceso del herido, ni a ningún accidente casual o inconexo con el machetazo mortal. Que la intervención científica y los asiduos cuidados hubieran podido salvar la vida del herido, es un problema para los mismos médicos; y, en todo caso, el traslado de Ospina al Hospital de Armenia pudo no ser posible para los familiares del paciente. Absurdo e injusto sería dejar casi impune un delito porque la víctima no tuvo medios para evitar sus consecuencias.

Respecto de la intención homicida del reo, basta tener en cuenta el arma empleada, el sitio y la naturaleza de la herida.

Por lo expuesto, este Despacho conceptúa que la sentencia recurrida merece que se mantenga firme".

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, 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 del Tribunal Superior de Pereira, de trece (13) de abril de mil novecientos treinta y cinco (1935) en la causa contra Luis Erasmo Vargas o Duque por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION EN JUICIOS DE PRENSA

El tiempo transcurrido es verificable sobre la misma actuación.—El artículo 1746 del C. J., referente a excepciones y sustanciación de ellas, en materia criminal, determina que propuestas se resolverán dentro de veinticuatro horas, a menos que hubiere hechos que probar. — La excepción de prescripción, a diferencia de la amnistía, y el indulto, del pleito pendiente o de la cosa juzgada, no requiere prueba distinta de lo actuado en el proceso; por el denuncio o por la acusación particular, en su caso, se sabe cuando ocurrió el hecho y cuánto tiempo ha transcurrido desde entonces, para verificar, si el término de la acción penal o de la pena misma están extinguidos, y por lo tanto prescritos. De ahí resulta que es innecesario señalar términos para presentar pruebas de un hecho verificable sobre la misma actuación. Por ello, de acuerdo con el precepto legal últimamente citado, se pasa a analizar y decidir si la excepción propuesta prospera y si es aceptable esta primera parte del pedimento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio seis de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias.

En auto de 15 de diciembre de 1933, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, previa audiencia del Procurador General de la Nación, dijo:

"1º Llámese a responder en juicio criminal, por trámites ordinarios, a los señores Efraín Llorente y Mardoqueo Apráez, Senador de la República y Magistrado del Tribunal Administrativo de Pasto, respectivamente, por el delito de injuria por medio de la prensa cometido contra el señor Heladio Polo R., Administrador que fue de la Aduana de Tumaco, delito que trata la Ley 81 de 1898, y que castiga la Ley 59 de 1928 en relación con aquélla, y consistente en el pasaje que se ha transcrito en la parte motiva de este auto, publicado en el periódico Uribe Uribe, en su edición de 5 de julio de 1930. Llorente debe responder como Director del periódico y Apráez como autor del escrito.

"2º Sobreséese definitivamente, a favor de los mismos señores Llorente y Apráez por todos los demás cargos que como de calumnia e injuria se les ha imputado por el querellante señor Polo R., analizados en la parte motiva de este fallo.

"3º Sepárese del expediente lo relacionado con el señor Carlos Santander, que no es justiciable por esta Corte, y remítase al Juez 2º del Circuito de Tumaco para que califique el informativo en lo referente a dicho señor".

Por auto de 14 de febrero de 1934 el magistrado sustanciador dispuso, en virtud de informe de la Secretaría, notificar el auto de proceder a los acusados, comisionando al Juez de Circuito de Tumaco para la notificación al señor Llorente, y para la respectiva del mismo auto, con respecto al procesado Mardoqueo Apráez, al Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

El 15 de marzo surtióse la notificación, en Pasto, al procesado Apráez, quien nombró como defensor al señor doctor Sergio Antonio Burbano, abogado inscrito residente en esta capital.

En escrito de 31 de agosto de 1934 el señor Llorente, a quien se hizo formal notificación en esta ciudad, por el Secretario de la Corte el 30 de julio de 1934, y en la cual renuncia la inmunidad parlamentaria que conlleva el cargo de Senador de la República, en asocio de su defensor, José Ignacio Talero, admitido por el magistrado sustanciador, pidió lo siguiente:

"Primero: Que se revoque el auto de enjuiciamiento y en su lugar se declare prescrita la acción:

"Segundo: Que se revoque el auto caso de que no se acceda a lo anterior y se sobresea a favor de Efraín Llorente y Mardoqueo Apráez por no tener el carácter de injuriosas las expresiones de que nos hemos ocupado;

"Tercero: Que en último caso y subsidiariamente se declare que debe cesar el procedimiento en lo referente a Efraín Llorente, porque éste no fue el autor de los escritos y el propio querellante dijo que si el autor apareciá, la acusación la dirigiría contra éste y no contra los directores del periódico 'Uribe Uribe'."

Tanto el enjuiciado Llorente como su defensor, en el escrito en que piden a la Corte las declaraciones anteriores, solicitan la revocatoria del auto de proceder a que ellas

aluden, fundándose en los motivos sintéticos siguientes, puntualizados así en su alegato:

"1º No es, ni lo era tampoco en la fecha en que dicho auto de llamamiento a juicio se dictó, tiempo hábil legal, para formularlo, porque la acción criminal se encuentra prescrita;

"2º Tampoco podía dictarse dicho auto, porque el delito de injuria a que se refiere la providencia enjuiciatoria no tiene los caracteres jurídicos legales de tal".

Este recurso de revocatoria, que ahora llama de reposición el artículo 487 de la ley 105 de 1931, fue interpuesto en tiempo oportuno, y procede de acuerdo con la disposición citada, porque de él hizo uso el recurrente dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto recurrido.

Debe, sin embargo, dejarse de lado esta consideración, meramente procedimental, porque analizado en su esencia y en lo formal el punto primero, encuéntrase que jurídicamente lo propuesto es la excepción de prescripción. Así considera la Corte la primera parte de lo alegado por el recurrente.

El artículo 357 de la ley 105 de 1890, pertinente a la cuestión propuesta, en su parte final dice:

"También puede proponer (el procesado) las excepciones de pleito pendiente, cosa juzgada, prescripción, indulto y amnistía".

El artículo 1746 del Código Judicial, referente a excepciones y sustanciación de ellas, en materia criminal, determina qué propuestas se resolverán dentro de veinticuatro horas, a menos que hubiere hechos qué probar.

La excepción de prescripción, a diferencia de la amnistía, y el indulto, del pleito pendiente o de la cosa juzgada, no requiere prueba distinta de lo actuado en el proceso; por el denuncio o por la acusación particular, en su caso, se sabe cuándo ocurrió el hecho y cuánto tiempo ha transcurrido desde entonces, para verificar si el término de la acción penal o de la pena misma están extinguidos, y por lo tanto prescritos. De ahí resulta que es innecesario señalar términos para presentar probanzas de un hecho verificable sobre la misma actuación. Por ello, de acuerdo con el precepto legal últimamente citado, se pasa a analizar y decidir si la excepción propuesta prospera y si es aceptable esta primera parte del pedimento.

Debió decidirse el punto en cuestión veinticuatro horas después de presentada la excepción. No aconteció así porque consta en el proceso que de los Magistrados que componían la Sala en el momento de la actuación, el Magistrado doctor Cárdenas salvó su voto por estar en desacuerdo, en parte, con el auto que calificó el mérito del sumario en lo relativo a la competencia de la Corte para llamar a juicio al señor Efraín Llorente, Senador de la República en esa época, aun cuando en lo demás de la providencia se solidarizó con ella.

Salvó también su voto, pero en la totalidad de la providencia, porque encontró que el asunto estaba prescrito por haber transcurrido más de dos años desde que ocurrieron los hechos imputados, el Magistrado González Torres.

Por manera que habiendo habido mayoría en cuanto al enjuiciamiento de los señores Llorente y Apraez, prácticamente la Sala quedó desintegrada para el conocimiento de las diligencias posteriores; salvándose estas dificultades por el auto de 26 de octubre de 1936, el cual dice textualmente:

"Habiendo resuelto la Sala, después de estudiado en varias sesiones el nuevo proyecto, que se necesita la intervención del conjuez por no haber mayoría para decidir sobre los diversos puntos, llámase al Conjuez doctor Francisco Samper Madrid, quien, por no estar ejecutoriado el auto que califica el mérito del sumario, conserva, en sentir de la misma Sala, la jurisdicción que ejerció al dictar dicha providencia".

Mientras se sustanciaba la asistencia del Conjuez, doctor Samper Madrid, quien creyó que no le tocaba seguir actuando en la reposición, no obstante haberlo hecho como Conjuez, en el auto de enjuiciamiento, entró a ejercer el cargo de Presidente del Consejo de Estado. Y comoquiera que según el art. 58 del C. J. no pueden ser conjueces los empleados de los ramos ejecutivo y judicial de la República, y los miembros del Consejo de Estado participan de uno y otro carácter, el impedimento del señor Samper Madrid resultó claro por el hecho mismo de haber entrado a ejercer la Presidencia del Consejo de Estado, por lo cual se dispuso la elección de nuevo Conjuez. Pero coetáneamente hubo renovación del personal de la Corte, desapareciendo así el motivo de sorteo de Conjuez.

El 24 de mayo de 1935 ocurrió un nuevo incidente que retardó, otra vez, el fallo de este asunto. El Magistrado doctor Francisco de Paula Santander se declaró impedido por ser pariente de Carlos Santander, otro de los procesados. Este impedimento desapareció porque no fue considerado legal, y porque luégo vino el suscrito sustanciador como Magistrado principal, a ocupar la plaza que como suplente desempeñaba el doctor Santander.

Llegaron luégo al despacho sendos certificados del Consejo de Estado y del Ministerio de Gobierno en los cuales consta que el doctor Mardoqueo Apraez es en la actualidad Magistrado principal del Tribunal Administrativo de Pasto, y que el señor Efraín Llorente fue Senador por la circunscripción electoral de Nariño para el período de cuatro años que terminó el 19 de julio de 1935, y que en el nuevo período no lo es.

Los certificados aludidos confirman la jurisdicción de la Corte.

Se alega la prescripción, y el auto de enjuiciamiento está pendiente de lo que se resuelva sobre la excepción alegada.

Aclarado como queda el punto jurisdiccional de la Corte, por cuanto tienen fuero los enjuiciados, es pertinente, dada la naturaleza de los cargos de calumnia e injuria y el desechamiento del primero, como la apreciación que del segundo hizo la Corte como delito continuado, en su auto de 15 de diciembre de 1933, que ocasiona el pedimento de reposición, que jurídicamente se resuelve en la excepción perentoria de prescripción, resumir la historia de los hechos.

En los meses de mayo y junio de 1930, el periódico "Uribe Uribe", editado en Tumaco bajo la dirección de los señores Efraín Llorente y Carlos Santander, abrió una acre campaña contra el señor Heladio Polo R., descalificadora de sus actuaciones como Administrador-tesorero de la Aduana de Tumaco.

Sobre cada uno de los escritos del periódico "Uribe Uribe" el señor Heladio Polo R., agraviado, presentó la correspondiente queja, señalando los pasajes que consideraba injuriosos o calumniosos.

El señor Alcalde del Municipio de Tumaco, Luis F. Guerrero, denunció también por calumnia e injuria a los señores Llorente y Santander por un suelto publicado en el número 61 del mismo periódico "Uribe Uribe".

Abiertas las investigaciones se llegó a establecer que los escritos incriminados eran obra del señor Mardoqueo Apraez, y por eso vino él a figurar también como sindicado, previas las acusaciones que en su contra elevó un apoderado de Polo R., sin abandonar por ello las adelantadas contra Llorente y Santander.

Es de notarse que en el auto de 16 de diciembre de 1933 se dice:

"A virtud de varias quejas formales elevadas por los señores Heladio Polo R. y Luis F. Guerrero se adelantaron estos cinco sumarios acumulados contra los señores Efraín Llorente, Mardoqueo Apraez y Carlos Santander, por injurias y calumnias por medio de la prensa, sobre los que corresponde a la Corte decidir en lo tocante a la responsabilidad de los señores Llorente y Apraez, ya que el primero de ellos es Senador de la República y el segundo Magistrado del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo en Pasto, y a ambos les asiste el fuero establecido en el ordinal 5º, artículo 33 del Código Judicial".

Y la observación es pertinente para los efectos de la prescripción que se estudia, porque acontece, como se ve por la transcrito, que se adelantaron cinco sumarios acumulados en virtud de las quejas formales elevadas por los señores Polo R. y Luis F. Guerrero.

En la parte resolutiva del auto de 16 de diciembre citado, sólo se dispone con relación al delito de injurias cometido contra el señor Eladio Polo R., llamamiento a juicio; se sobresee respecto de los cargos que por calumnia y los demás de injuria, imputó a los enjuiciados el mismo Polo R.; pero nada se dice respecto de los cargos por calumnia e injuria que el Alcalde de Tumaco, Luis F. Guerrero, imputó también a los mismos procesados, no obstante que los sumarios se adelantaron como acumulados; y la misma providencia, en cuestión separó, por el punto tercero, del expediente lo relacionado con el señor Carlos Santander, por no ser justiciable por la Corte, y en consecuencia, ordenó remitir al Juez 2º de Circuito de Tumaco lo pertinente para que este funcionario calificara el informativo en lo referente al mencionado señor Santandar.

Como consecuencia de esta última decisión, y en su cumplimiento, al folio 93 vuelto del cuaderno 6º, corre una atestación del Secretario de la Corte, sobre remisión al Juez 2º de Tumaco de copia de lo conducente para que califique el informativo, en lo referente al señor Santander.

La primera parte de la petición se analiza al principiar lo considerativo de esta sentencia; vióse que jurídicamente lo propuesto, en esa primera petición, en la excepción de prescripción, aunque tal petición se hubiere hecho como recurso de revocatoria, hoy llamado por el Código Judicial de reposición.

El fundamento de esta excepción reposa en la aplicación del artículo único de la ley 69 de 1919, que no estimó aplicable la Corte en el auto cuya reposición se pide, porque

se opone al artículo 17 de la ley 59 de 1911, que trata exclusivamente "de la interrupción de la prescripción en materia de delitos de prensa".

A este respecto dice el auto de la Corte:

"En efecto: el artículo 17 de la ley 59 de 1911 trata exclusivamente de la interrupción de la prescripción en materia de delitos de prensa, de modo que puede coexistir y coexiste con el artículo único de la ley 69 de 1919, que se limita a señalar el término necesario para que la acción penal se extinga. Tratan, pues, dos materias distintas y en cierta manera paralelas. Nada obsta a la interrupción el que la prescripción se consume en un término más o menos largo, de uno o de dos años, según lo haya estimado conveniente el legislador, sin que por ello pueda entenderse que el artículo 17, de carácter especial y aun excepcional, haya dejado de regir.

"Y si tal disposición se halla vigente, no hay duda de que una vez iniciado el sumario interrumpió para el caso aquel término extintivo, sin que pueda estimarse consumada la prescripción de la acción penal, como lo alega el apoderado, apesar de que ya van corridos más de dos años, a partir de los hechos".

En síntesis, se trata de definir, como fundamento de la prescripción presentada, si rige el artículo 17 de la ley 59 de 1911, como coexistente con el artículo único de la ley 69 de 1919, o si sólo es aplicable y rige este último en materia de prescripción en delitos que no puedan investigarse sino a virtud de acusación legalmente intentada.

Para ello es pertinente revisar las disposiciones, que, según nuestra legislación, han existido y existen sobre el particular.

El artículo 94 del Código Penal establecía que la prescripción por delito que no puede investigarse sino en virtud de acusación legalmente intentada, prescribía en el término de un año.

El artículo 62 de la ley 51 de 1898, sobre prensa, estatuyó que la prescripción de la acción y de la pena se cumplía en cuatro meses, contados desde la comisión del delito o desde la fecha de la sentencia, respectivamente, si el delito fuere de injuria o de calumnia. En los demás casos, el término señalado para la prescripción era de noventa días.

La ley 78 de 1910, que puso en vigor la ley 51 de 1898 sobre prensa, derogó el artículo 63 de dicha ley, en cuanto éste fijaba que las prescripciones en delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley, se regían por las leyes preexistentes, y dispuso, en su artículo 20, lo siguiente:

"La prescripción de la acción y de la pena en materia de prensa se cumple en un año, contado desde la comisión del delito o de la ejecutoria de la sentencia, respectivamente, si el delito fuere de aquellos cuyo conocimiento corresponde a otras autoridades. Se exceptúan de esta regla los casos comprendidos en el artículo 11 de la ley 51 de 1898, a los cuales serán aplicables las disposiciones congruentes del Código Penal, sobre prescripción".

Volvió, pues, el Legislador de 1910 a consignar el término de un año para la prescripción, como regla general; e hizo referencia, como aplicación de esta misma regla, a las disposiciones congruentes del Código Penal. Lo congruente en tratándose de delitos de acusación particular, o sea de los de injuria o calumnia por la prensa, era, pues, la disposición primitiva del Código Penal, que fijaba un año para la prescripción en esta clase de delitos.

Posteriormente el Legislador de 1911 dispuso en el artículo 17 de la ley 59 de ese año, sobre prensa y otros medios de publicidad y por la cual se adicionan y reforman las leyes existentes sobre la materia, lo que sigue:

"Artículo 17.—La prescripción de la acción penal se interrumpe mientras duren la instrucción o procedimientos judiciales para el castigo del delito y no volverá a correr en caso de suspensión del procedimiento, sino desde la fecha de la última providencia judicial dictada en la instrucción o en el proceso".

El artículo único de la ley 69 de 1919 estableció el siguiente precepto:

"La pena por delitos que no puedan investigarse sino a virtud de acusación legalmente intentada, prescribe por el transcurso de dos años".

Esta disposición es posterior; versa sobre delitos que no pueden investigarse sino a petición de parte, es decir, sobre los de calumnia e injuria por la prensa. De esta clase es el que se estudia en esta excepción.

La regla es genérica, ni permite distinguir, como lo hace la providencia recurrida, que considera que hay dos materias distintas y en cierta manera paralelas, que permitan su coexistencia con el artículo 17 de la ley 59 de 1911.

Siendo posterior, el artículo único de la ley 69 de 1919, su aplicación es preferencial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 153 de 1887. Este reza:

"La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria a otra ley anterior y ambas

preexistentes al hecho que se imputa, se aplicará la ley posterior".

El artículo 44 de la antecitada ley consagra el siguiente principio de aplicación necesaria:

"En materia penal la ley favorable permisiva prefiere en los juicios a la odiosa restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito. Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena".

Si alguna duda quedare sobre el particular, ella queda descartada con la aplicación del artículo 26 de la Constitución, que establece en su parte pertinente la siguiente garantía:

"En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Aplicable es, por consiguiente, la prescripción determinada por el artículo único de la ley 69 de 1919, al presente caso. Y ello no obstante que se trata de delito de injuria irrogado a un empleado público, porque para proceder en ese caso, requiérese, conforme al artículo 11 de la ley 69 de 1928, queja del funcionario que se considere agraviado; sin ella no puede iniciarse procedimiento de oficio, circunstancia equivalente a la acusación, ya que sólo mediante ésta prospera el juicio. Igual cosa acontece con la queja: sólo por ella se puede iniciar el procedimiento.

La Corte, en proveídos de 13 de febrero y de 30 de junio de 1932, ha consignado esta misma doctrina sobre aplicación del artículo único de la ley 69 de 1919, asentando que él regula íntegramente la materia.

Dentro de esa tesis, el Procurador General de la Nación en su vista de junio 1º de 1932, y antes de que la Corte hubiese desechado la doctrina que ahora nuevamente acoge, dijo, en su vista, después de consignar que los escritos tachados de calumnia e injuria, por el ex-Administrador de la Aduana de Tumaco, Polo R., se publicaron en los meses de mayo a julio de 1930:

"Desde entonces hasta hoy han transcurrido más de dos años, en cuanto a unos, y algunos días menos, en cuanto a los otros; de donde resulta que, respecto de los primeros, se habría cumplido la prescripción de dos años de que trata el artículo único de la ley 69 de 1919, por tratarse de delitos que no pueden investigarse de oficio, y para que se cumplieran respecto de los últimos faltarían apenas unos pocos días. Pero como al tenor del artículo 4º de la ley 5ª de 1931, es necesario hacer en este caso la rebaja de la tercera parte que en el tiempo de la prescripción esa disposición concedió para los casos de delitos comunes ejecutados antes de la fecha del Centenario de la muerte del Libertador, ese tiempo de la prescripción viene así a quedar reducido a dieciséis meses, los cuales están cumplidos de sobra".

Del 1º de julio de 1932, época en que el Procurador hizo la cuenta anterior, a la fecha, van corridos cuatro años, largos, y como ya habían pasado dos años de la época en que ocurrieron los hechos acusados como calumniosos e injuriosos, tiénese que han transcurrido seis años un mes desde la época de la consumación del último hecho acusado. Por lo tanto está más que prescrita la acción.

Soltado este punto, no es menester considerar las demás peticiones de la revocatoria o reposición, ya que admitida la prescripción, y probada, cesa el derecho de imponer pena o el de hacerla efectiva, lo cual cobija íntegramente a todos aquellos quienes intervinieron en los hechos materia de la acusación, justiciables por la Corte.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Criminal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara prescrita la acción que originó estas diligencias.

Comuníquese al Juez 2º de Circuito de Tumaco este fallo para los efectos del caso referentes al señor Carlos Santander, hoy a su jurisdicción.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívense oportunamente las presentes diligencias.

José Armando Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Mala Badía, Srio. en ppd.

SE NIEGA EL RECURSO DE REVISION

Negada la casación, el reo Hurtado instaura ahora recurso de revisión, apoyándose en el motivo 5º del art. 1º, ley 33 de 1909.—Si, pues, con elementos de prueba traídos a la investigación ordenada por la Corte no se produjo ni siquiera el llamamiento a juicio de González, y ello en una investigación amplia, forzoso es concluir que no se ha revelado el hecho nuevo ni el documento, ni el indicio que establezca la culpabilidad de González y consecuencialmente la apertura de una nueva etapa sobre la sentencia ejecutoriada, para abrir un proceso nuevo, o sea la revisión de la causa de Alfonso Hurtado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio quince de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, confirmó la sentencia dictada por el Juez 2º Superior del mismo Distrito, sentencia que condenó a Alfonso Hurtado a la pena de veinte años de presidio como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de César Tulio Ospina.

El reo interpuso recurso de casación. La Corte no infirmó el fallo, pero al propio tiempo ordenó reanudar la investigación en lo tocante a José Ignacio González, por el mismo hecho delictuoso de la muerte de Ospina, pues el sindicado González gozaba de un sobreseimiento temporal.

Negada la casación, el reo Hurtado instaura ahora recurso de revisión, apoyándose en el motivo 5º del artículo 1º, ley 33 de 1909.

El señor Procurador General de la Nación dice en su vista lo siguiente:

"Alfonso Hurtado acudió en casación ante vosotros, alegando injusticia notoria del veredicto, pero tras detenido estudio de los autos, la honorable Corte llegó a la convicción de que no aparecía demostrada esa injusticia y que el veredicto contaba con respaldo suficiente en las constancias del proceso.

"Quedó, pues, firme la sentencia recurrida, pero vosotros ordenásteis, de acuerdo con lo pedido por este Despacho, que la investigación se reanudara en lo tocante a José Ignacio González, ya que se trata de un sobreseimiento simplemente temporal decretado a su favor y que existen elementos probatorios que atañen a la responsabilidad de este individuo.

"El doctor Vicente Vernaza, en representación del reo Hurtado, demanda ahora revisión de la causa y se apoya en el motivo 5º del artículo 1º, ley 33 de 1909, que dice:

"Cuando después de una condenación llegue a producirse o revelarse 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".

"El mismo doctor Vernaza empieza su alegato así:

'El recurso de revisión, ha dicho la Corte, no es una tercera instancia, sino un recurso extraordinario por excelencia, establecido por el legislador para salvar de condenaciones a los inocentes, víctimas de errores judiciales'.

"Nada más cierto, señores Magistrados, y muchas veces ha repetido este Despacho ese postulado incontrovertible. La ley sobre revisión criminal tiene por objeto único, inconfundible, arrancar o sacar de los lugares de castigo al inocente, al irresponsable que ha ido allí por error o por maldad. No se trata de reformar las sentencias ejecutoriadas revisando las pruebas para que la pena corresponda al delito. Si no se presenta el hecho nuevo, el comprobante indudable de que el condenado es absolutamente inocente, la justicia debe seguir su curso, aun cuando aparezca que pudo ser menos culpable o que otros concurrieron también a la ejecución del delito.

"En el caso de que se trata, el señor recurrente ha presentado algunas declaraciones que no han sido ratificadas y que tienden a hacer pensar que el autor del asesinato fue González, porque dizque éste lo ha dado a entender así; ellas son vagas y de referencia, incapaces de llevar al ánimo de la honorable Corte la convicción de que Hurtado no cometió el delito por el cual mereció el veredicto del Jurado y la condenación de los jueces de derecho.

"Está muy bien que se investigue, como se está haciendo, si González tuvo participación en la muerte de Ospina y qué pena puede corresponderle; pero no es procedente ni jurídico que se desentierre la causa contra Hurtado, so pretexto de que su ino-

cencia brillará cuando se demuestre la culpabilidad de González.

"Alegar coartada y tratar de desvanecer indicios fue tarea cumplida en las instancias y es, por lo mismo, cosa exótica en el recurso de revisión".

Tramitando el recurso, la Corte, ejerciendo la facultad que le concede el artículo 5º de la ley 83 de 1909, dictó auto para mejor proveer. Tal providencia, que es de fecha 6 de marzo de 1935, dispuso que se trajesen a los autos "copias tomadas de la investigación adelantada por orden de esta misma Corte contra José Ignacio Gnzález, por el homicidio en la persona de César Tulio Ospina, de las declaraciones de los testigos que aseguraron haberles dicho González ser él el único autor del homicidio, de las indagatorias del mismo González, y del nuevo auto de sobreseimiento en favor de éste, como también de la providencia en que el Tribunal revisó ese sobreseimiento 'caso en que así lo haya hecho'."

Para la práctica de todas estas diligencias comisionó al Juez 2º Superior de Buga, con facultad para subcomisionar.

Está evacuada la comisión, menos en lo referente a la ratificación de las declaraciones de los penados Alfonso Angel Abadía y Arnoraldo Herrera, por haber sido puestos ya en libertad, e ignorarse su paradero.

Lo esencial de las diligencias ordenadas en el auto para mejor proveer, es la constancia del sobreseimiento y su confirmación en segunda instancia, auto que resultó de la investigación que la Corte ordenó al negar la casación interpuesta por Hurtado y que lleva fecha de 7 de septiembre de 1935.

La nueva investigación terminó con el sobreseimiento proferido por el Juzgado 2º Superior de Buga el 18 de junio de 1934, y confirmado por el Tribunal del mismo Distrito Judicial el 30 de enero de 1935.

Tal sobreseimiento es temporal, pero ello no empece para concluír que en la investigación abierta y llevada con todas las formalidades legales, no se presentó prueba completa alguna que determinase la convicción de que González es el responsable de la muerte de Ospina. De allí no surge un hecho nuevo o prueba alguna desconocida al tiempo del juzgamiento de Hurtado, capaz de establecer su inocencia o su irresponsabilidad; tampoco indicios graves sobre esta inocencia o irresponsabilidad; elementos que son los que determina el numeral 5º invocado, para que prospere el recurso de revisión.

Cierto es que entre los testigos citados por el recurrente están los señores Alfonso Angel Abadía y Arnoraldo Herrera, quienes no han ratificado sus declaraciones, por la circunstancia de haber sido puestos en libertad e ignorarse su paradero actualmente. Las declaraciones originales de esos testigos narran que González les manifestó que Alfonso Hurtado no tenía responsabilidad alguna en la causa abierta por la muerte de Ospina. Pero cabe observar que esas dos declaraciones no constituyen un indicio porque versan únicamente sobre palabras; ello aunque tales declaraciones estuvieran ratificadas, pues el indicio es un hecho que sugiere la existencia de otro hecho. Las palabras son una referencia pero no demuestran, no comprueban el hecho mismo (art. 1702 del C. J.).

Igual observación cabe respecto de las declaraciones de Rafael A. Marín y Justo Pastor Márquez.

Pero sobre esta consideración de lógica y de apreciación jurídica, y en el supuesto de que pudiese estimarse como indicio, las pruebas circunstanciales en que se basó el sobreseimiento temporal, que son también a su turno hechos indiciales equívocos, produjeron duda acerca de la responsabilidad de González, y con ella vino el sobreseimiento temporal del mismo González.

Si, pues, con elementos de prueba traídos a la investigación ordenada por la Corte no se produjo ni siquiera el llamamiento a juicio de González, y ello en una investigación amplia, forzoso es concluír que no se ha revelado el hecho nuevo ni el documento, ni el indicio que establezca la culpabilidad de González y consecuencialmente la apertura de una nueva etapa sobre la sentencia ejecutoriada, para abrir un proceso nuevo, o sea la revisión de la causa de Alfonso Hurtado.

La reapertura del proceso dio como resultante un nuevo sobreseimiento temporal en primera instancia, confirmado por el Tribunal luégo.

Lo expuesto es suficiente para concluír que no es admisible el recurso de revisión propuesto, conclusión a la cual llega también en su vista el Procurador General de la Nación.

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, niega el recurso de revisión interpuesto por Alfonso Hurtado, condenado por el homicidio de César Tulio Ospina, el 28 de marzo de 1933, recurso que apoyó en el motivo 5º del artículo 1º de la ley 33 de 1909.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

HERIDAS

El artículo 264 de la ley 57 de 1887 establece siete motivos de nulidad en los juicios criminales, los cuales, según elementales principios de hermenéutica, son para el juzgador de interpretación restrictiva. En los juicios que versen sobre heridas, el Tribunal de conciencia no interviene y, por lo tanto, hablar de veredicto, nombre específico que la ley da a la sentencia de los jueces de hecho, no cabe en tratándose de un delito de heridas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio quince de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, con fecha 12 de agosto de 1935, reformó la sentencia pronunciada por el Juez 2º del Circuito de Chinácota en el sentido de condenar a Raimundo Pinto como autor de las heridas que recibió Isaac Rodríguez, a la pena de seis años de presidio; y condenó también a Antonio Mendoza a la pena principal de tres años de reclusión, como autor de las heridas inferidas a Anaís Rodríguez.

El defensor de Raimundo Pinto interpuso en tiempo oportuno recurso de casación, que le fue concedido por auto de 23 de agosto de 1935, providencia que le fue notificada al reo en su oportunidad.

Cumplida como se encuentra la tramitación propia del recurso, la Corte procede a resolver, previas las siguientes consideraciones:

El defensor del reo, por medio de memorial, sustenta el recurso alegando las causales 1ª, 2ª y 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Son éstas las causales:

"1ª Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma.

"2ª Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, según la ley.

"5ª Ser la sentencia violatoria de la ley, por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria".

Respecto a la segunda de las causales alegadas, el recurrente no expresa argumento alguno. Y estudiando el proceso no aparece que se hubiese incurrido en nulidad. La ley 57 de 1887, artículo 264, establece siete motivos de nulidad en los juicios criminales en que no interviene el Jurado. Y estos motivos de nulidad, según elementales principios de hermenéutica, son para el juzgador de interpretación restrictiva, máxime cuando el mismo legislador, en el artículo 266 de la misma ley 57 de 1887 establece perentoriamente "que no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten, fuéra de los casos previstos en los dos artículos anteriores". Y los dos artículos anteriores establecen, el primero los motivos de nulidad en juicios criminales en que no interviene el Jurado y que para el caso que se estudia es el pertinente; y el segundo, los motivos de nulidad en que interviniese el Jurado. Por lo expuesto se concluye que la segunda de las causales alegadas no puede prosperar.

En cuanto a la quinta causal, y que corresponde a la tercera de las alegadas, la Corte observa lo siguiente:

El delito que se imputó a Pinto en el auto de proceder fue el de heridas. Delito éste cuyo conocimiento incumbe a los Jueces de Circuito (art. 109 del C. J., ordinal 5º). Es decir, que en los juicios que versen sobre heridas, el Tribunal de conciencia no interviene y por lo tanto hablar de veredicto, nombre específico que la ley da a la senten-

cia de los jueces de hecho, no cabe en tratándose de un delito de heridas. Dicha causal necesariamente se refiere a los juicios criminales en que interviene el Jurado y en los cuales hablar de un veredicto viciado de injusticia notoria será pertinente y no exótico, como acontece en el caso que se estudia. Por lo expuesto, la citada causal no puede prosperar.

La primera de las causales alegadas la sostiene el recurrente con algunos razonamientos. Y dice que ha habido mala aplicación de la ley penal o indebida aplicación de la misma al referir la sentencia recurrida el artículo 645 del Código Penal. Que la inculpación que se hace a su defendido no está respaldada con la existencia de la plena prueba que exige el artículo 1656 del Código Judicial; pues la indagatoria que rindió Pinto, y las declaraciones de testigos son deficientes para dictar fallo condenatorio, máxime si en los juicios en que no interviene Jurado, el Juez de derecho tiene como pauta para pronunciar sus decisiones los mandatos de la ley en relación con la tarifa legal de pruebas.

Del estudio del informativo aparece la comprobación del cuerpo del delito, tal como lo estatuye el artículo 157 de la ley 40 de 1907?

Esta disposición dice:

"El cuerpo del delito se comprueba con el prolijo exámen 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".

En primer lugar, encuéntrase el dictamen médico-legal en que aparecen descritas siete heridas causadas todas ellas con arma cortante y punzante manejadas con bastante fuerza y de las cuales una "seccionó los tendones extensores de los dedos pulgar, índice y mediano. Estos dedos se encuentran en flexión por la acción de los músculos antagónicos de los seccionados, lo que constituye una grave lesión, puesto que la voluntad del herido en nada modificará esta posición en garra de su mano derecha, lo que inhabilita grandemente para el trabajo. El defecto es grave y definitivo". Y luégo los médicos concluyen: "... Consecuencia de las heridas recibidas y descritas arriba, Isaac Rodríguez estuvo en gravísimo peligro de muerte, y su incapacidad total para el trabajo fue de unos cuarenta días. Le han quedado defectos físicos funcionales gravemente perjudiciales, y no podrá en lo sucesivo y consecuencias de sus heridas trabajar como antes".

A más de este dictamen médico-legal, aparece también en el informativo el denuncio de Isaac Rodríguez que, como lo expresa el señor Procurador General de la Nación, "sin que se sepa que tiene interés en faltar a la verdad, afirma que Pinto le dio un machetazo en la cabeza y que al sacar su revólver con el fin de defenderse, el mismo Pinto le dio otro machetazo en la mano derecha. Este relato se confirma con las heridas que presentaba Rodríguez en los sitios indicados, inmediatamente después del acontecimiento y con el dictamen de los peritos que las reconocieron y expusieron sobre su gravedad y demás circunstancias, a lo que debe agregarse el dicho de los testigos, que aun cuando sea en parte dan fe sobre la verdad de lo ocurrido".

Por otra parte, la responsabilidad de Pinto se destaca visiblemente en su indagatoría. En efecto, el funcionario le preguntó: "Sabe usted quién fuera el individuo que en asocio de Antonio Mendoza y en el mismo punto y hora citados, tumbaron al suelo a Isaac Rodríguez y allí le causaron varias heridas por la espalda?" Contestó: "Ese individuo fuí yo, para no darle campo a Rodríguez que me disparara más con el revólver".

En verdad esta confesión no es del todo explícita, pero sí pudo el juzgador tenerla muy en cuenta y apreciarla no particularmente, sino en el conjunto de hechos que aparecen en el proceso. Y de este conjunto de hechos y del desarrollo del suceso sí se deduce que antes de caer al suelo Rodríguez, fue herido gravemente en la cabeza y en la mano por Pinto, con el ánimo de desarmarlo.

De lo dicho dedúcese que la sentencia del Tribunal al aplicar el artículo 645 del Código Penal obró acertadamente, pues al resultarle a Rodríguez heridas de perpetua incapacidad para trabajar como antes, y notable deformidad física, lo lógico y lo jurídico era aplicar el artículo pertinente, el cual no es otro que el 645 del Código Penal.

Por lo expuesto, no hubo una interpretación equivocada de la ley penal ni una indebida aplicación de la misma, y por lo mismo la primera causal alegada tampoco prospera.

En mérito de las precedentes 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 pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Pamplona el 12 de agosto de 1935. condenatoria de Raimundo Pinto a la pena de seis años de presidio y a las accesorias correspondientes, como autor del delito de heridas inferidas a Isaac Rodríguez en la hacienda de "Aguablanca", del municipio de Bochalema en el Departamento de Norte de Santander.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo Baños, Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre catorce de mil novecientos treinta y cinco.

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

El doctor Luis Alberto Medina R. propuso en el juicio ejecutivo que le adelanta la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca, para hacerle efectivo el impuesto sobre la renta referente a los años de 1929, 1930 y 1931, las excepciones de pago del impuesto de 1929, e inexistencia de la obligación con referencia a los años de 1930 y 1931. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

Para comprobar la excepción de pago del impuesto del año de 1929, el doctor Medina presentó, dentro del término legal, un certificado del Habilitado de los Teléfonos Departamentales de Boyacá y otro del abogado ejecutor Síndico de Lazaretos de Tunja. El primero dice que le fue descontada la suma de $ 32.18, por orden del Tesorero General del Departamento, para el pago del impuesto sobre la renta, sin hacer mención del año. El segundo certificado dice que la suma de $ 32.18 se refiere al impuesto sobre la renta de los años de 1925, 1926 y 1927. No está, pues, comprobada la excepción de pago propuesta con referencia al impuesto del año de 1929.

Para comprobar la excepción de inexistencia de la obligación con relación al impuesto de los años de 1930 y 1931, el doctor Medina pidió durante el término de prueba las declaraciones de los señores Manuel Adolfo Támara y doctor José Antonio Castañeda. El primero dice que es cierto y le consta personalmente que el doctor Medina en los años expresados vivió en Bogotá y no tuvo empleo público ni particular, razón por la cual no ganó ni lo necesario para el sostenimiento de su familia. Agrega que en los años expresados el excepcionante se vio obligado á vivir con su esposa e hijos a expensas de sus hermanos. El doctor Castañeda declara sobre los mismos puntos y agrega que el doctor Medina no es capitalista ni rentado y que le consta que no tenía empleo, pues en alguna ocasión lo invitó el declarante a que trabajara con él en su oficina de abogado.

Las declaraciones expresadas constituyen, a juicio de la Sala, plena prueba de los hechos alegados por el doctor Medina para fundamentar la excepción de inexistencia de la obligación con referencia al impuesto sobre la renta de los años de 1930 y 1931, y por tanto, debe declararse probada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo en parte con el señor Procurador General de la Nación, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º No está probada la excepción de pago propuesta por el doctor Luis Alberto Medina R. con relación al impuesto sobre la renta del año de 1929.

2º Está probada la excepción de inexistencia de la obligación referente al impuesto sobre la renta de los años de 1930 y 1931, propuesta por el doctor Medina. En consecuencia, se ordena suspender el juicio ejecutivo en lo relativo al recaudo de las sumas de $ 22 y $ 12, correspondientes, respectivamente, al impuesto de los años expresados.

Estampillese, cópiese, notifíquese y oportunamente 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

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos treinta y cinco.

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

El doctor José Bartolomé Daza propuso, en el juicio ejecutivo que le adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Tunja, para hacer efectiva la suma de $ 26.62 y sus intereses legales, valor del impuesto sobre la renta en los años de 1931 y 1932, las excepciones de falsedad de parte del título o registro que fundamentó la liquidación del impuesto en el año de 1931 y error en la liquidación, y falsedad del título para el impuesto de 1932 y carencia de acción. Tramitado legalmente el incidente, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

Sobre las excepciones referentes al impuesto de la renta en el año de 1931, fijado en la suma de $ 9.20, dice el doctor Daza que en el denuncio que hizo de la renta del mencionado año, se alteró la partida de $ 260 que indicó por honorarios, para poner en su lugar, con lápiz, la de $ 900. En esta circunstancia hace consistir la falsedad. Además, dice que en la liquidación se desconoció el descuento correspondiente por tener a su cargo a su señora madre, lo cual se opone a terminantes disposiciones legales.

Durante el término de prueba se acompañó copia expedida por la Administración de Hacienda del denuncio de la renta del doctor Daza, correspondiente al año de 1931, en el cual consta que declaró como honorarios profesionales $ 260, entre otras partidas. También figura el siguiente certificado, pedido dentro del término legal:

"El suscrito Jefe de Impuestos Nacionales, certifica: Sobre los siguientes puntos contenidos en el anterior memorial transcrito, así: a) El doctor José Bartolomé Daza declaró en tiempo su renta en el año de 1931, en la que está incluída la partida de doscientos sesenta pesos ($ 260), como honorarios profesionales, partida que aparece alterada con lápiz en el escrito de denuncia por la de novecientos sesenta pesos ($ 960), no la de novecientos que dice el peticionario, sin indicación alguna. b) La liquidación del impuesto sobre la renta, en el año de 1931, le fue hecha al doctor Daza teniendo en cuenta la partida de novecientos sesenta pesos ($ 960) y no la de doscientos sesenta ($ 260). c) El impuesto que se le asignó al doctor Daza en el año de 1931, no está conforme con su declaración, pero no se tiene conocimiento, en esta oficina, de los motivos por que se gravó al doctor Daza con un impuesto proveniente de una renta en que está incluída la partida de novecientos sesenta pesos ($ 960), y no la de doscientos sesenta ($ 260) declarada. d) No hay constancia en el archivo de que el doctor Daza fuera o no vecino de Tunja en el año de 1931. Como en el año de 1933 no hizo declaración de su renta de 1932, se aforó por registro del año anterior y se le cargó un veinte por ciento (20%) sobre el impuesto. — Tunja, noviembre 11 de 1935. Emilio Barrera M.—Jefe de Impuestos Nacionales".

No aparece prueba alguna en el expediente respecto a la renta obtenida por el excepcionante en el año de 1931, por concepto de honorarios profesionales. La Administración de Hacienda no aceptó el denuncio en esta parte, probablemente por considerar que es equitativa la calificación de $ 960 de renta por honorarios de un abogado durante un año, o sea, a razón de $ 80 mensuales. No puede calificarse de falsedad el proceder de la Administración, porque estaba entre sus atribuciones la de desestimar el denuncio de renta en el caso de que por otros medios tuviera conocimiento de entradas mayores. Como no aparece ninguna prueba sobre la renta del doctor Daza en el año de 1931, por el concepto indicado, que pudiera servir para desvirtuar la apreciación de la Administración, no se pueden estimar probadas las excepciones propuestas.

Respecto al año de 1932, dice el excepcionante que no fue vecino de Tunja en ese año, pues estuvo en Bogotá, en estado de grave enfermedad, en una casa de salud, sin ejecutar trabajo alguno.

Durante el término de prueba se recibieron las declaraciones de los señores doctor Virgilio Piñeros y Joaquín María Guerrero, quienes dicen que el doctor José Bartolomé Daza vive en esta ciudad desde febrero de 1932 y que estuvo enfermo de gravedad, en varias casas de salud, durante el citado año y que sólo obtuvo mejoría en el mes de diciembre del mismo. Estas pruebas son suficientes para acreditar los hechos alegados por el demandante en relación con la carencia de renta en el año de 1932, y por tanto, se debe declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación en cuanto se refiere al año mencionado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo en parte con el señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Declárase probada la excepción de inexistencia de la obligación sobre impuesto de la renta en el año de 1932, propuesta por el doctor José Bartolomé Daza.

2º No están probadas las excepciones propuestas con relación a la renta del año de 1931. Por tanto, el juicio ejecutivo debe continuar para hacer efectiva la obligación de $ 9.20 y sus intereses legales.

Estampíllese, cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

La muerte de una persona se comprueba legalmente con la correspondiente acta de defunción y no sirve para comprobarla la confesión de la parte demandada.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente. Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por medio de instrumento público número 1,312, otorgado ante el Notario cuarto de este circuito el día 18 de diciembre de 1911, el señor Luis Preciado dio en venta al señor Manuel García C. dos fincas raíces ubicadas en esta ciudad de Bogotá. La una, que es la casa situada en el barrio de San Victorino, Nº 421, y la otra, un lote de terreno, junto con las edificaciones en él existentes, distinguido con el Nº 423 de la misma calle. En la escritura de que se habla se dejó constancia de que la venta se hacía por la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000), de los cuales el vendedor reconoció que había recibido al contado la cantidad de $ 5,000 y se estipuló que el pago de los $ 3,000 restantes se haría dentro del término de diez meses, sin causar intereses. El señor Manuel García C., comprador, falleció, y el juicio de sucesión respectivo se adelantó ante el Juzgado Segundo de este circuito y en él se llevó a efecto, en licitación pública, el 17 de julio de 1934, el remate de los dos inmuebles de que se ha hecho mención. Uno de ellos, el señalado con el Nº 421, fue adjudicado al señor Clemente Luque, y el otro, el distinguido con el número 423, fue adquirido por el señor Drígelio Correa. Posteriormente el señor Clemente Luque, para pagar un alcance que había tenido un hijo de él en el ferrocarril del Pacífico, dio en pago, como parte del monto de la deuda, la casa de habitación adquirida por él en remate, por medio del instrumento público Nº 2,098, otorgado ante el Notario tercero de este circuito. El otro inmueble parece que no ha sido enajenado por el señor Correa L.

En el largo período de tiempo comprendido entre la extinción del plazo otorgado al comprador para el pago (octubre de 1912), y la presentación de la demanda, que ha servido de base a este juicio, en el mes de agosto de 1932 —casi veinte años—, el vendedor Preciado no hizo el cobro judicial del crédito a su favor por la suma de $ 3,000; o a lo menos, es hecho fundamental de la demanda el que el señor Manuel García C., ni sus representantes legales, ni sus causahabientes le han pagado nunca el saldo del valor o precio de la venta, obligación en que se dice está en mora desde el 18 de octubre de 1912.

Tal es la causa de este pleito, y con ese fundamento el actor Luis Preciado ha promovido demanda sobre reivindicación o restitución de los inmuebles por él vendidos, demanda que ha dirigido contra el Hospital de San José, contra los señores Drígelio Correa L. y Clemente Luque, y contra el Ferrocarril del Pacífico, para obtener (petición primera) la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de parte del comprador Manuel García C. en no haber cubierto la cantidad de $ 3,000 de que se constituyó deudor, como parte del precio de las fincas; y para obtener, como consecuencia, la cancelación de la escritura matriz (petición segunda), Nº 1,312, de que antes se hizo mención; para obtener también la cancelación de los títulos traslaticios de dominio posteriores a la compra hecha por Manuel García C. (petición tercera)

y referentes al remate verificado el 17 de julio de 1914 y a la dación en pago que obtuvo la empresa del Ferrocarril del Pacífico, y de que también se ha hecho mención; y para conseguir, por último (peticiones cuarta y quinta) la restitución inmediata de los inmuebles relacionados y sus frutos, respecto de los poseedores actuales que se expresa son el Ferrocarril del Pacífico y el señor Drigelio Correa L.

En los hechos que se exponen como fundamentos de la demanda se hace la historia de las traslaciones que vinieron a radicar el derecho de los inmuebles en la empresa del Ferrocarril del Pacífico y en el señor Drigelio Correa L. Como se ve, en la demanda se ataca también directamente la legalidad de varios actos de enajenación intermedios, como fueron las adquisiciones que en la herencia de Manuel García C. obtuvieron su madre natural, María Isabel Gómez Caicedo y su esposa legítima María Josefa Casas; luego la venta hecha por la señora Gómez Caicedo en favor de la señora Atanasia Margarita F. de Casas, en quien se juntaron todos los derechos de la sucesión de Manuel García C. por haber fallecido con anterioridad la señora María Josefa Casas v. de García, esposa de Manuel, terminando todo con el acto testamentario de la señora Atanasia Margarita F. de Casas en favor del Hospital de San José de esta ciudad, en marzo de 1922, a quien instituyó como heredero universal. Sin duda, por eso se considera por el actor que los derechos de la sucesión de Manuel García C. los posee hoy el Hospital de San José.

La demanda, respecto del Hospital de San José, fue notificada al doctor Andrés Bermúdez, a quien se señaló como su representante; y respecto de la empresa del Ferrocarril del Pacífico, al señor Fiscal del Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Todos los tres demandados contestaron el traslado correspondiente, oponiéndose a las pretensiones del demandante.

El presente pleito fue fallado en su primera instancia por medio de la sentencia del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, de fecha 23 de abril del año de 1934, y en ella se absolvió a los demandados de todos los cargos formulados en el libelo, y se condenó en costas al actor, probablemente por no haber aducido éste ninguna comprovación en apoyo de sus pretensiones. Contra dicha sentencia se interpuso por el actor recurso de apelación, y es en esa condición como los autos han venido a esta superioridad, donde se le ha dado al negocio la tramitación propia de la instancia y se ha llegado ya el momento de proferir la sentencia que espera el proceso. Antes de quedar definitivamente listo el negocio para el fallo, se resolvió un incidente sobre nulidad de la actuación propuesto por el señor Procurador General de la Nación, fundado en el hecho de que no se había tenido como parte en este juicio al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que goza hoy de personería jurídica. Pero la Corte resolvió negativamente el pedimento, por considerar que para los fines del pleito la Nación ha quedado debidamente representada en su primera instancia por el señor Fiscal del Tribunal Superior, y en esta otra, por el señor Procurador General de la Nación. Es decir, que la intervención del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que es facultativa, no descarta el derecho de representación que la ley reconoce a los funcionarios nombrados.

No habiendo, por tanto, irregularidades que vicien el procedimiento, se pasa a proferir la sentencia, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

En el juicio se ejercitan tres acciones para llegar al fin que por medio de él se persigue. La una, que sirve de fundamento a las otras dos, va dirigida contra el Hospital de San José, en quien se suponen radicados los derechos de la sucesión de Manuel García C., a efecto de obtener la resolución del contrato de compraventa que dicho García C. celebró con el señor Luis Preciado en relación con los inmuebles de que arriba se hizo mención. Las otras dos acciones van dirigidas, la una contra la empresa del Ferrocarril del Pacífico y la otra contra el señor Drigelio Correa L. para obtener la restitución de los bienes alinderados en la demanda.

En cuanto a la primera acción, dirigida a obtener la resolución del contrato de compraventa, ella imponía al actor la obligación de traer a los autos la comprobación del fallecimiento del demandado Manuel García C., por cuanto si de él directamente no se iba a exigir el cumplimiento del contrato o las obligaciones consiguientes a la falta de cumplimiento, es lo cierto que esa finalidad se persigue respecto de sus sucesores. La persona primeramente obligada a responder por el cumplimiento del contrato era García C., por haber sido parte en la convención, de quien se ha dicho que ya falleció. Si es así que murió, ha debido acreditarse en este juicio ese hecho, pero el actor descuidó ese aspecto esencialísimo del pleito, pensando tal vez que era suficiente para los fines de la demanda, establecer que en el juicio de sucesión de Manuel García C. se llevó a efecto el remate de los dos inmuebles de cuya

restitución se demanda, lo que supone la muerte del causante. En verdad, al proceso se trajeron copias de varias providencias de los juicios de sucesión acumulados de Manuel García C. y María Josefa Casas de García, como la de la apertura del juicio de sucesión del primero, del auto que ordenó la acumulación, de la providencia que dispuso el remate, del acta de licitación, etc.; pero todas estas comprobaciones apenas sirven para establecer la manera como se verificó la transferencia de los derechos de la sucesión de Manuel García C., y el modo como se hizo la enajenación de los inmuebles que a su muerte dejara el mismo García, naturalmente sobre el supuesto de que García había fallecido. Pero la justicia no puede ahora dar por sentado ese hecho, ya que está de por medio la comprobación de un estado civil que no se puede acreditar de otra manera que con la prueba de la muerte del causante, hasta el punto de que las confesiones en el particular de la parte demandada, si las hubiere habido, no le habrían servido al actor para dar la demostración de la muerte del demandado. En orden a establecer la identidad jurídica que se dice existe entre Manuel García C. con las personas que le sucedieron en sus derechos, el actor solamente trajo a los autos una parte de las pruebas indispensables, pero no la prueba fundamental relacionada con el estado civil que originó la sucesión de esos derechos, o sea la prueba de la muerte del causante.

Faltando la prueba de que se ha hecho mención, la justicia no puede dar por muerto a Manuel García C., y sentada esa premisa, que es de rigor, consecuencialmente no se puede hacer ninguna declaración en relación con el contrato de compraventa de los bienes raíces, celebrado entre García y Luis Preciado, porque a García no se le ha demandado directamente y a sus sucesores no se les puede reconocer esa condición por no haberse probado que aquél falleció. Es decir, no se puede decretar el primer pedimento de la demanda, relacionado con la resolución del contrato, y que es el fundamento de las demás peticiones del libelo.

Es interesante anotar en este pleito la extraordinaria demora con que el acreedor Luis Preciado se ha presentado a la justicia, volviendo por sus derechos. Casi veinte años dejó pasar sin hacer el cobro del crédito, y ocurre a hacerlo en momento en que ya estaba para prescribirse la acción resolutoria del contrato. Sobre esa demora no se ha dado explicación de ninguna clase, y el caso se ha hecho más singular habiendo fallecido el deudor poco tiempo después de estar vencido el plazo que tuvo para hacer el pago de la suma de dinero que en la convención quedó debiendo. Parece lo indicado que la oportunidad del cobro se le presentó al acreedor antes de que se hubiese liquidado el juicio de sucesión, y hay fundamento para pensar que entonces se tuvo en cuenta el crédito a favor del señor Preciado, porque en la parte motiva de la providencia que dispuso el remate de los dos inmuebles en el juicio de Manuel García C., se expone por el juez (f. 48 v.) que "de los inventarios efectuados en el memorado juicio resulta que sobre la sucesión pesan varios créditos pasivos de bastante consideración", y es de conjeturarse que el crédito del señor Preciado fuera de los aludidos en la providencia del juzgado. La enajenación de los inmuebles, antes de liquidarse el juicio de sucesión, se hizo con el objeto especial de pagar los créditos pasivos, de suerte que ese fin debió cumplirse, ya que la licitación de los inmuebles se llevó a efecto, y posteriormente se verificó la protocolización del juicio de sucesión de Manuel García C., y cuando esto se hizo, posiblemente no quedaron cuentas pendientes para ella.

No pudiéndose decretar la resolución del contrato de compraventa, de que trata la petición primera de la demanda, las demás peticiones de la misma tienen que ser consecuencialmente negadas, por cuanto Manuel García C. sigue figurando como dueño de los inmuebles que adquirió y no el señor Luis Preciado, que hoy los pretende reivindicar.

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 y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia apelada.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

PRESCRIPCION EN EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En el ejecutivo que la Nación le sigue al doctor Carlos A. Cajiao Wallis y otros por suma de pesos, propuso éste por medio de apoderado varias excepciones, en la siguiente forma:

"Ahora bien; fundado en estos hechos propongo las excepciones de pago de la deuda que se cobra, la de prescripción y cualquiera otra que resulte de los hechos mencionados y que sea suficiente para extinguir la obligación".

Para comprobar la excepción de pago adujo una información de la Tesorería General de la República, la que se expresa así:

"Después de haberse practicado un examen minucioso en los libros de la Tesorería en el lapso comprendido entre el 9 de junio de 1923 y el 1 de enero de 1934, no se ha encontrado la consignación a que hace referencia la anterior solicitud".

El informe del señor Administrador de Hacienda Nacional del Cauca no vino a los autos, no obstante haberse ordenado esa prueba. No está, pues, probada la excepción de pago.

Base de las otras excepciones es la siguiente relación:

"Además: el auto de fenecimiento definitivo, dictado por la antigua Corte de Cuentas, entidad a quien correspondió entonces el examen de sus cuentas como Administrador de Hacienda Nacional de Popayán, lleva fecha nueve (9) de junio de 1923, y le fue notificado en Bugalagrande el doce (12) de julio del mismo año. Posteriormente la Contraloría dictó nuevo auto con fecha ocho (8) de noviembre de 1923, que le fue notificado por la Alcaldía del Zarzal el veintitrés (23) de los mismos mes y año. Luégo, la Contraloría, en auto de fecha cuatro (4) de enero de 1924 declaró ejecutoriado el auto de fenecimiento con alcance, auto este último que fue notificado por edicto desfijado el (7) de enero del mismo año.

"Estos fueron los elementos de prueba constitutivos del recaudo ejecutivo, base del auto sobre mandamiento de pago dictado con fecha veintinueve (29) de marzo de 1924 por el Juzgado Primero Nacional de Ejecuciones Fiscales.

"Por circunstancias que no me toca analizar, tal auto sólo le fue notificado a mi poderdante el veintisiete de septiembre del año en curso" (1935).

La última parte de lo transcrito está diciendo que el juicio ejecutivo permaneció abandonado por largo tiempo.

Según el artículo 2539 del Código Civil, la prescripción que extingue las acciones puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente. Y conforme al artículo 2524 de la misma obra, la interrupción civil no podrá alegarse, si el recurrente cesó en la persecución por más de tres años.

Sobre este asunto dijo la Corte, en auto de cuatro de septiembre del año pasado, lo siguiente:

"Pero si la perención o fenecimiento de la instancia por el apartamiento de la acción por un lapso de más de tres años no pudo realizarse en este juicio, merced a que no es posible decretarse la caducidad en los ejecutivos, y también por ser el Estado el actor, sin embargo, la cesación de persecución, que es un fenómeno que no puede equipararse a la caducidad, sí es capaz de producir algún efecto que favorezca al ejecutado cuando ella sucede por más de tres años".

El veintinueve de marzo de mil novecientos veinticuatro se libró orden de pago por la vía ejecutiva contra el doctor Cajiao Wallis y los demás responsables; y aunque a unos de éstos se les notificó la providencia ejecutiva, por no haberse notificado a todos, el juicio permaneció abandonado hasta el 27 de septiembre de 1935, en que se impulsó con la notificación al ejecutado Cajiao Wallis. De modo que constando claramente que no se impulsó el negocio en el período comprendido entre junio de 1925 y enero de 1934, la prescripción no puede estimarse interrumpida en virtud de la demanda ejecutiva; y como el 27 de septiembre de 1935, fecha en que se notificó ella al doctor Cajiao Wallis, había transcurrido un lapso de más de diez años desde el día en que la obligación se hizo exigible, de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, la acción ejecutiva está prescrita.

Por las consideraciones hechas, 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 prescripción de la acción ejecutiva en este juicio, ordena cesar la ejecución y que se levante el embargo de los bienes.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el asunto a su oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero ocho de mil novecientos treinta y seis.

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

El señor José Gabriel Soto propuso en el juicio ejecutivo que le adelanta la Recaudación de Hacienda Nacional de Magangué, para hacerle efectiva la cantidad de $ 50 y los recargos desde 1931 como cuota del servicio militar, las excepciones de inexistencia de la obligación y de pago. Tramitado el incidente en esta superioridad, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

El excepcionante apoya su acción en que siendo pobre, pública y notoriamente, no se le puede gravar con la cantidad de $ 50, según el decreto Nº 2020 de 1927, porque no fue designado para prestar el servicio militar en el sorteo y por ello se le expidió una libreta de defensa nacional de 6ª clase, por la cual abonó la cantidad de $ 5 en el año de 1931, en la Recaudación citada.

El señor Soto en el memorial de excepciones pidió al Recaudador copia del registro de la libreta para agregarla al expediente, pero la compulsa no se verificó.

Los testigos Juan José Martínez y Fulvio Viñas Benítez, declaran que en el año de 1931 le fue expedida al señor José Gabriel Soto la libreta del servicio militar, por la Junta Territorial Militar, firmada por el Capitán Luis M. Canal, por el Recaudador de Hacienda, por el Alcalde y por el Secretario de éste.

El motivo alegado por el señor Soto para no presentar como prueba la libreta, es el de que el escribiente de la zona, de apellido Dederlé, se la quitó engañosamente, hecho que aparece corroborado por las declaraciones de los testigos citados.

La Sala estima que las pruebas presentadas son suficientes para comprobar la excepción de inexistencia de la obligación, ya que ésta desapareció desde el momento en que el ejecutado cumplió con la exigencia de la Junta Territorial de pagar la cuota relativa a la libreta del servicio militar.

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 inexistencia de la obligación propuesta por el señor José Gabriel Soto y ordena suspender el juicio ejecutivo.

El Recaudador de Hacienda de Magangué pasará copia de lo conducente a la autoridad competente para que se investigue la responsabilidad del empleado que retuvo indebidamente la libreta del servicio militar del señor José Gabriel Soto.

Dése cumplimiento al art. 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA PARA QUE SE DECLARE AL DEPARTAMENTO DE CALDAS SUBROGADO EN LOS DERECHOS CONTENIDOS EN UN CONTRATO.—LA CORTE ESTIMO QUE LA PRESENTACION DEL CONTRATO ERA UNA PRUEBA IRREEMPLAZABLE, SIN LA CUAL LA DEMANDA CARECIA DE BASE

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El juicio que por medio de apoderado inició ante esta Sala el departamento de Caldas contra el departamento del Tolima y "The Dorada Railway Company Limited" en el libelo de nueve de noviembre de mil novecientos treinta y tres, se encuentra en estado de recibir fallo, por lo que procede dictarlo.

Consta de autos lo siguiente:

1º Esta Sala de Negocios Generales falló el 4 de noviembre de 1930 el pleito que ante el Tribunal Superior de Bogotá promovió por demanda de fecha 29 de octubre de 1923 el departamento del Tolima contra "The Dorada Extension Railway Limited", condenando a esta Compañía a pagar al departamento demandante, previo un juicio de cuentas, la participación que a éste corresponde en la explotación del ferrocarril de La Dorada, durante el lapso transcurrido desde el 9 de noviembre de 1908 hasta el 9 de noviembre de 1923, y los intereses de las sumas que se liquiden, los cuales se contarán desde el 17 de octubre de 1923. Dispuso también la sentencia que "la Compañía demandada está en la obligación de permitir que el departamento demandante tenga un inspector que vigile el movimiento de transporte de la carga en el Ferrocarril de La Dorada, en los términos que declara la cláusula cuarta del contrato".

2º Fue hecho principal de la demanda en el pleito que desató la aludida sentencia, el formulado bajo el ordinal **primero**, que dice: "El día 7 de junio de 1881 se celebró un contrato entre el Estado Soberano del Tolima y el señor Francisco J. Cisneros, sobre construcción y explotación de la obra conocida con el nombre de Ferrocarril de La Dorada, en cuyo artículo segundo, modificación cuarta, se estipuló lo que se copia en seguida: 4º En compensación de las concesiones que se hacen por este contrato, Cisneros o sus cesionarios se comprometen a pagar al Gobierno del Estado Soberano del Tolima, desde el día primero de agosto de 1883, cinco centavos por cada carga de ciento cincuenta kilogramos de peso de las que transitan por el ferrocarril. Y si se considera necesario, el Gobierno del Estado del Tolima mantendrá un empleado, que costeará y nombrará libremente, para que inspeccione el movimiento de transporte por el ferrocarril". (Este hecho está copiado en la sentencia mencionada).

3º En la parte motiva de la premencionada sentencia se dijo: "En virtud de las primeras disposiciones citadas, o sea, los artículos 4º y 188 (de la Constitución), el departamento del Tolima sucedió al extinguido Estado del mismo nombre en su personalidad político-administrativa y en su personalidad civil, si bien no en aquello que se refiera a la personalidad política de que disfrutaba el antiguo Estado Soberano como elemento integrante de una entidad federal que había desaparecido. Y en virtud de las otras disposiciones atrás citadas, y de las leyes de que se ha hecho mérito, si bien se efectuó la integridad territorial del departamento del Tolima con aquellas segregaciones, se mantuvo siempre intacta su personalidad jurídica, tanto político-administrativa como civil, o en otros términos, continuó su plena existencia legal, y por lo mismo siguió siendo adjudicatario legítimo de los bienes que habían pertenecido al antiguo Estado Soberano del Tolima, salvo naturalmente aquellos que se refieran a la materialidad del territorio que corrían la suerte de las porciones en donde se hallaran radicados".

4º Como de la sentencia se pidiera aclaración, dijo la Corte en proveído de 13 de febrero de 1931: "Ninguna duda puede suscitarse cuando en la parte resolutiva del fallo se declara la obligación en favor del departamento del Tolima, sin mencionar para nada las otras entidades que en épocas anteriores formaron parte integrante de ese departamento; y mal podía hacerse ninguna declaración a favor de entidades distintas de la que figura como actora en la demanda, porque se llegaría al absurdo de reconocer derechos que no han sido alegados y de fallar sobre peticiones que no han sido hechas, excediéndose el juzgador en las facultades que la ley procedimental le asigna, quizá hasta llegar a la arbitrariedad, que en manera alguna puede ser norma jurídica en los juicios. Si existieren relaciones jurídicas entre el departamento del Tolima

demandante y otras entidades, corresponde a ellas hacerlas valer, sin que esto sea obstáculo para que las prestaciones reconocidas a cargo de la Compañía demandada y en favor del departamento del Tolima, y de las cuales se hace clara mención en la sentencia, puedan entenderse como declaradas en favor de otra entidad; y mucho menos se pueden involucrar aquellas relaciones jurídicas que no se discuten con la Compañía en el presente juicio, con lo que fue materia de la acción incoada y fallada. De todo lo cual se concluye que no es necesaria la declaración perentoria de que el departamento del Tolima queda autorizado para recibir la totalidad de la participación por cuenta del acreedor legítimo y que el finiquito que el departamento del Tolima otorgue cancela la totalidad de la obligación; porque como ya se ha dicho, el derecho reconocido lo está en favor del departamento del Tolima, y la obligación declarada lo ha sido a cargo de la Compañía demandada".

5ª Como sobre el territorio de los municipios de La Victoria y La Dorada está construída parte del Ferrocarril de La Dorada, y el territorio que forma esos municipios, que hacía parte en el año de 1881 del Estado Soberano del Tolima, y perteneció después al departamento del Tolima, le fue segregado a este departamento para agregarlo al departamento de Caldas por Decreto número 763 de 29 de julio de 1907, los señores Roberto Ramírez Llano y J. Alvarez Angulo, en atención a la sentencia mencionada, denunciaron como bienes ocultos del departamento de Caldas lo que ellos estimaron la participación de este departamento en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, como consecuencia del contrato de 7 de junio de 1881 y por el hecho de estar el ferrocarril construído en parte sobre el territorio del departamento de Caldas. Celebrado el contrato, los denunciantes designaron al doctor Rafael Ruiz Manrique y otros para que a ellos el gobernador del departamento dicho confiriera el poder con el fin de obtener las declaraciones respectivas.

6ª El doctor Ruiz Manrique, por libelo de 9 de noviembre de 1933, demandó al departamento del Tolima y a "The Dorada Railway Company Limited", para que por esta Sala de Negocios Generales se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que por sentencia que cause ejecutoria, declare que desde el 29 de julio de 1907, o sea, desde que se segregaron del departamento del Tolima los terrenos que componen los municipios de Victoria y La Dorada, para agregarlos al departamento de Caldas, este departamento se subrogó en los derechos y obligaciones que el contrato de concesión de fecha 7 de junio de 1881 y los que lo adicionan y reforman, concedieron e impusieron al Estado Soberano del Tolima y al señor Francisco J. Cisneros y a los cesionarios de éste.

"Segunda.—Que como el Ferrocarril de La Dorada, de propiedad de The Dorada Extension Railway Limited, atraviesa parte de los municipios de Victoria y La Dorada, a virtud del contrato de que se trata en el punto anterior, el departamento de Caldas tiene derecho a una cuota proporcional a la participación en la explotación del Ferrocarril de La Dorada, que fue reconocida a favor del departamento del Tolima, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 4 de noviembre de 1930, proporción que se buscará teniendo en cuenta la extensión que dicho ferrocarril atraviesa dentro de los territorios de Caldas.

"Tercera.—Que la participación reconocida en el numeral primero de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 4 de noviembre de 1930, dictada en el juicio que el departamento del Tolima adelantó contra The Dorada Extension Railway Limited y los intereses de que habla el numeral segundo de la misma, deben distribuírse proporcionalmente entre los departamentos del Tolima y Caldas, habida consideración al territorio ocupado por el Ferrocarril de La Dorada en cada uno de los mencionados departamentos.

"Cuarta.—Que el departamento de Caldas, de acuerdo con lo dispuesto por el numeral 4º de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia citada en el punto anterior, tiene derecho a mantener por su cuenta un inspector que vigile el movimiento de transportes de la carga del Ferrocarril de La Dorada, o a que de común acuerdo, el Tolima y Caldas nombren un solo inspector con el mismo fin.

"Quinta.—Que los pagos que el ferrocarril de La Dorada o sus propietarios hagan al departamento del Tolima en cumplimiento de la sentencia de fecha 4 de noviembre de 1930, de que antes se habló, deben distribuirse entre el Tolima y Caldas en la proporción que les corresponda, según las declaraciones anteriores, siendo entendido que cualquier arreglo o transacción amigable que el Tolima haga con la empresa del ferrocarril, en nada afectan los derechos de Caldas para cobrar lo que proporcionalmente le corresponda.

"Séptima. (No hay sexta).—Que el departamento de Caldas puede cobrar directamente a la empresa del Ferrocarril de La Dorada, en su carácter de subrogatario re-

conocido en la primera petición, la participación que le corresponda, una vez fijada ésta con el Tolima por vía amigable o judicial.

"Octava.—Que subsidiariamente a las declaraciones anteriores y para el caso improbable de que la Corte no las decrete de conformidad, que declare que el departamento de Caldas no está ligado en manera alguna con la empresa del Ferrocarril de La Dorada, por razón del contrato de 7 de junio de 1881 y los que lo adicionan y reforman, desde luégo que toda obligación es correlativa de un derecho".

7º A su demanda acompañó el actor los siguientes documentos: copia de la sentencia de 4 de noviembre de 1930, proferida por esta Sala de Negocios Generales y que se ha mencionado; los número 190, 220 y 581 de "Gaceta del Tolima", correspondientes al 12 de septiembre de 1879, 17 de febrero de 1860 y 21 de abril de 1884, respectivamente, en que se publicaron algunos contratos sobre construcción de un ferrocarril y un puente, pero en que no aparece publicado el contrato de 7 de junio de 1881.

8º El señor Procurado General de la Nación contestó la demanda en nombre del departamento del Tolima. Aceptó algunos hechos y rechazó otros; impugnó la parte petitoria de la demanda, y propuso como excepciones perentorias las de "carencia de acción", "cosa juzgada", e "ilegitimidad de la personería sustantiva del actor doctor Rafael Ruiz Manrique".

9º El representante de The Dorada Railway Company Limitd se opuso a las declaraciones pertinentes a esta Compañía, así: "... me opongo a que se haga la declaración de que el departamento de Caldas tiene derecho a mantener por su cuenta un inspector y las de que tratan las peticiones quinta y séptima del libelo".

Para resolver se tiene en cuenta:

Como se ve de lo transcrito, la demanda se ha establecido para que se declare al departamento de Caldas subrogado en los derechos y obligaciones que el contrato de concesión de fecha 7 de junio de 1881 impuso al Estado Soberano del Tolima y al señor Francisco J. Cisneros, y para que se le pague una parte proporcional en la explotación del ferrocarril y se hagan otras declaraciones consecuenciales.

Base principal de la demanda es, por tanto, el contrato de 7 de junio de 1881, en el cual pretende el departamento de Caldas que se le declare subrogado. Dicho contrato no se allegó al expediente ni con la demanda ni en el término de pruebas, y sin conocérsele no es posible determinar las relaciones jurídicas de las partes que lo celebraron o las de aquellas que las representan. No es posible, sin la presencia de ese contrato, saber la clase de derechos con que quedó favorecido el Estado Soberano del Tolima, ni si ellos son exclusivos o indivisibles. Lo que puede conjeturarse es que el contrato en que quiere subrogarse el departamento de Caldas tuvo el carácter de administrativo por el privilegio que encierra; y en este concepto, la prueba de la existencia del contrato no puede ser otra que la literal, sin que sea legal su reemplazo por otra prueba distinta. De modo que aunque pudiera aceptarse la confesión del Agente del Ministerio Público como un relevo de prueba (lo cual no procede: artículo 170 del C. J.) en los casos en que fuera admisible la prueba de confesión, en el presente caso, el asentimiento del señor Procurador al hecho de haberse celebrado el contrato no libertaría al actor de la obligación de dar la prueba de ese hecho, porque aquella celebración es asunto sustancial que no puede justificarse ni hacerse manifiesta sino con el acto mismo. Así que, tratándose de una prueba de esa naturaleza, no puede darse por probado el hecho primero de la demanda, aunque del contrato de 7 de junio de 1881 hubiera hecho un análisis la Corte en la sentencia de 4 de noviembre de 1930, y aunque el Procurador hubiera aceptado que ese contrato se había celebrado.

No habiendo sido el departamento de Caldas parte en el contrato mencionado, y aspirando a tener derecho en él a virtud de la división territorial efectuada en 1907, no le es suficiente la comprobación de que el departamento del Tolima, como sucesor del Estado Soberano del Tolima, venció ante la Corte, obteniendo sentencia favorable, a "The Dorada Extension Railway Limited", sino que le es indispensable la comprobación de la existencia del contrato en el cual pretende subrogarse, y en el que consta el privilegio. Sin esa prueba, el departamento de Caldas carece de título para que le pueda ser reconocida en el presente fallo la subrogación demandada.

La falta de prueba del hecho principal de la demanda es bastante para que esta litis se decida de modo desfavorable a la parte actora, y es suficiente para exonerar del estudio de las excepciones propuestas por el señor Procurador General de la Nación en nombre del departamento del Tolima, por no haber sido probado el derecho, y no procediendo, por consiguiente, sino la absolución de los demandados.

Sin más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve al departamento del Tolima y a "The Dorada Railway Company Limited" de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Archívese oportunamente el negocio.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

Queda viciada de nulidad la actuación en el juicio ejecutivo si la ejecución se ha seguido o librado después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del C. C., como lo dispone el artículo 451 del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero diez de mil novecientos treinta y seis.

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

El Recaudador de Impuesto sobre la Renta de Bogotá libró orden de pago por la vía ejecutiva en favor de la Nación y contra el doctor José María Villegas, con fecha 10 de enero de 1934, por la cantidad de $ 330, más los intereses de recargos, provenientes del impuesto de los años de 1928, 1929 y 1930. La señora Bárbara Jaramillo viuda de Villegas confirió el poder al doctor Guillermo Mejía Angel, vecino de Armenia, para que la representara en el juicio, quien interpuso la excepción de carencia de acción, dentro del término legal. Tramitado el incidente legalmente, se pasa a decidirlo, previas las siguientes consideraciones:

El doctor Mejía, como fundamento de la excepción propuesta, expone los siguientes hechos:

"Primero.—El impuesto sobre la renta, establecido por la ley 81 de 1931, como su enunciación misma lo indica, pesa sobre un patrimonio determinado. Con esto se dice que donde no hay renta, no hay impuesto. En la ejecución o cobranza del impuesto, el capital individual o social viene a ser como la estructura o el fundamento de la acción.

"Segundo.—Este impuesto se cobra al doctor José María Villegas desde 1928, año preciso de su fallecimiento.

"Tercero.—Pero como el artículo tercero, en el subartículo cuarto, de la citada ley, gravó las sucesiones, ya para esta entidad surge una computación distinta.

"Cuarto.—La sucesión se inició inmediatamente después de la muerte del causante por el apremio de los acreedores numerosos y urgidores.

"Quinto.—Del balance ejecutado para la liquidación de la sociedad conyugal y averiguar la herencia líquida partible, resultó el epílogo, un poco triste, que delata la venta en pública subasta, de los bienes relictos, para la satisfacción de las deudas hereditarias. La herencia, aceptada con beneficio de inventario, hizo que el incidente se cancelara con el remate aludido, prorrateado.

"Sexto.—Esto viene a decir, en buena lógica, que la sucesión no tuvo capital gravable. El impuesto que debió cobrarse a los herederos, entró al Fisco, por el aumento llegado a los acreedores satisfechos".

El señor Procurador General de la Nación observa que se ha omitido en este asunto dar cumplimiento a lo que dispone el ordinal 3º del artículo 451 del Código Judicial, omisión que es causa de nulidad del juicio, al tenor de la disposición citada.

La ejecución fue iniciada cuando el doctor José María Villegas había fallecido y cuando ya estaba protocolizado el juicio de sucesión por medio de la escritura Nº 2,659, otorgada ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 1930.

El artículo 451 del C. J. dice que es causa de nulidad en los juicios ejecutivos "el librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del C. C."

El artículo 1434 del C. C. citado es de este tenor:

"Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos".

El juicio ejecutivo de que se trata fue iniciado después de la muerte del doctor Villegas, sin que se hiciera a los herederos la notificación judicial de los títulos, como lo exige el artículo 1434 del C. C. El juicio está —por consiguiente— viciado de nulidad, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 451 del C. J., y ésta debe declararse como lo estima el señor Procurador.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara nulo lo actuado en este juicio, desde el mandamiento ejecutivo, inclusive.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE LA ELECCION DE UN CONSEJERO DE ESTADO

En las listas que se presentan para el escrutinio y elección de un Consejero de Estado, los nombres de cada una tienen virtualidad propia, independientemente de los que los acompañan. Al hacer el escrutinio no hubo traspaso de votos de un candidato al otro.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero trece de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Manuel Mejía Rosas, en demanda presentada el 24 de octubre de 1934, pidió a la Corte que ésta "declare que es nulo el escrutinio verificado por el honorable Senado de la República en su sesión del día diez y nueve del presente mes de octubre, en cuanto por él se declaró electo Consejero de Estado el doctor Miguel Abadía Méndez, y que en su lugar se determine que el elegido para este cargo es el doctor Carlos Arturo Díaz, por razón de los fundamentos que en apoyo de esta demanda he aducido, y que por esa honorable Corte se proceda a rectificar el mencionado escrutinio en el sentido ya indicado".

El demandante acompañó el libelo de un ejemplar de los "Anales del Senado", con la debida autenticación, en el cual aparece inserta el acta de la sesión del Senado en que se verificó la elección de Consejeros de Estado y refiriéndose a ese documento y a la elección que en él consta, el demandante se expresa en los siguientes términos:

"... aparece que el resultado de la votación fue el siguiente, por las listas que en seguida se indican:

Primera lista.—Doctor Isaías Cepeda, diez votos (10).

Segunda lista.—Doctor Ricardo Tirado Macías, diez votos (10).

Tercera lista.—Doctor Miguel Abadía Méndez, un voto (1).

Cuarta lista.—Doctor Carlos Arturo Díaz, dos votos (2).

Quinta lista.—Doctores Isaías Cepeda, Ricardo Tirado Macías y Miguel Gómez Fernández, dos votos (2).

Sexta lista.—Doctores Miguel Gómez Fernández y Ricardo Tirado Macías, un voto (1).

Séptima lista.—Doctores Isaías Cepeda y Miguel Abadía Méndez, tres votos (3).

Octava lista.—Doctores Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez, tres votos (3).

Novena lista.—Doctores Isaías Cepeda y Ricardo Tirado Macías, un voto (1).

"El presidente de la corporación designó como escrutadores a los Senadores Timoleón Moncada y Mauro Giraldo, quienes, según reza el acta, informaron que 'de acuerdo con los resultados anteriores, habían resultado elegidos, en su orden, los doctores Isaías Cepeda, Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez, para miembros principales del Consejo de Estado'. El Senado así lo declaró".

"Yo creo, señores Magistrados, que aquel informe de los escrutadores que acogió el Senado estuvo errado y que por consiguiente el escrutinio verificado por ellos fue mal hecho, violatorio de clara disposición legal y que por lo mismo la elección recaída en uno de esos distinguidos caballeros, el doctor Miguel Abadía Méndez, es nula, y con el fin de que ustedes rectifiquen el error aritmético y legal en que incurrieron los escrutadores y que acogió el Senado, acudo ante esa Corte, fundado en lo que preceptúan los artículos 184, 185, 199 y 200 de la referida ley 85 de 1916.

"Las razones que tengo para apoyar esta demanda, son:

"El artículo 1º de la ley 7ª de 1932, estableció para toda clase de elecciones el sistema del cuociente electoral, y en su parágrafo único explicó en qué consistía tal sistema y determinó la manera como debían adjudicarse los puestos, en vista del resultado de las listas, diciendo esto:

"El total de votos válidos que se emitan a favor de cada lista, se multiplicará por el número de ciudadanos por elegir, y este producto se divide por el total de votos válidos obtenidos en la respectiva circunscripción electoral, o en la corporación pública que hace la elección. Los distintos cuocientes que resulten indican el número de candidatos que corresponden a cada una de las listas que concurra a la elección. Los puestos que falten para completar el número de candidatos por elegir, llegado el caso, se asignan a las listas que tengan mayores residuos en orden descendente, y si hay empate, decide la suerte. En la adjudicación de los puestos que correspondan a cada lista se atiende al orden de colocación de los nombres que en ella figuren y que, cuando se trate de elección popular, debe ser el mismo de la lista regularmente inscrita".

"Muy claramente lo dice el artículo que me he permitido copiar, en la parte subrayada por mí, cuál es el medio y el método para hacer la adjudicación de los puestos, o sea, atendiendo al orden de colocación de los nombres que en ella figuren.

"Pues bien, honorables Magistrados, éste precepto legal se violó por el Senado de la República en el presente caso, porque, según consta del acta que acompaño, los doctores Isaías Cepeda y Ricardo Tirado Macías obtuvieron cada uno diez votos en listas separadas; y es lógico y claro que habiendo ellos obtenido el cuociente por el número de sufragios que recibieron se les adjudicaran los dos primeros puestos de los tres que se iban a elegir, pero no así el tercero al doctor Miguel Abadía Méndez, por la siguiente razón:

"Dicho doctor Abadía Méndez obtuvo en la lista tercera encabezada por él, un voto; en la séptima lista del doctor Isaías Cepeda y Miguel Abadía Méndez, obtuvo tres votos; y en la octava lista, que era Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez, dos votos.

Como la ley manda que los puestos se adjudiquen atendiendo al orden de colocación de los nombres en las listas, es concluyente que habiendo obtenido el doctor Abadía Méndez un solo voto en la lista encabezada por él, no podía ser escrutado, y menos podía ser escrutado con los tres votos que obtuvo en la lista de Isaías Cepeda-Miguel Abadía Méndez, porque Cepeda ya estaba elegido, y si se fuera a elegir siguiendo el sistema, vendría a ocupar dos puestos en el Consejo de Estado, cosa absurda, antijurídica e ilegal; pero, menos podría arrastrar el nombre de su compañero, porque el nombre primero de esa lista, el del doctor Cepeda, estaba ya quemado, para usar de una expresión sencilla, por haber sido elegido, y no tenía la virtud legal de quitarse de la lista para dejar sólo a su compañero, pues la ley dice que el escrutinio se hará atendiendo al orden de colocación de los nombres de las listas y también atendiendo al que obtenga mayores residuos en orden descendente, y eliminado el nombre del doctor Cepeda por haber obtenido mayor número de votos en otra lista, había que atender a los residuos que daban las otras listas.

"Estas otras listas eran la cuarta, la quinta y la octava, cada una de las cuales había obtenido dos votos; pero, como de éstas la quinta y la octava las encabezaban los doctores Cepeda y Tirado Macías, era claro que tampoco se les podía adjudicar puestos porque ellos ya los tenían adjudicados en virtud de la mayoría obtenida en sendas listas encabezadas por ellos. Quedaba únicamente la cuarta lista, que figuró con el nombre del doctor Carlos Arturo Díaz, y esta lista era la que entraba a reemplazar a las otras, encabezadas por los doctores Cepeda y Tirado Macías y por consiguiente esa lista era la que tenía derecho a que se adjudicara el otro puesto en razón del efectivo y mayor residuo apreciable legalmente.

"Si en cualquiera de las dos primeras listas, es decir, en las que encabezaron los doctores Isaías Cepeda y Ricardo Tirado Macías, y que obtuvo cada una diez votos, se hubiera colocado debajo del nombre de cada uno de ellos el del doctor Abadía Méndez, es claro que entonces se le habría adjudicado el tercer lugar o puesto a dicho doctor Abadía Méndez, porque esa lista había obtenido la mayoría; pero, no se le puede adjudicar ese puesto figurando en una lista en segundo término o lugar y estando tal lista encabezada por el doctor Cepeda, porque éste ya había sido elegido, y por tanto ese nombre no tenía por qué ser objeto de discusión, ni de suma, resta, cuociente o residuo, y si ello es así, como lo es, menos podía tener la virtud de encabezar con otro nombre que no era el suyo, una lista que muy claramente fue la intención de

los sufragantes no encabezarla con el de su compañero doctor Abadía Méndez sino con el del doctor Isaías Cepeda.

"El Senado, al proceder así, tal vez por ignorancia de la diferencia de los distintos sistemas de elección, aplicó en el presente caso, no el sistema del cuociente electoral establecido por la ley, sino una especie de sistema de voto acumulativo que no ha sido consagrado por ley alguna, o más propiamente vino a establecer o implantar lo que los franceses denominan **trans fert de votes**, porque traspasó los votos que el doctor Cepeda había obtenido en esa lista de tres votos, al doctor Abadía Méndez, cosa para lo cual no tenía facultad legal alguna por no existir disposición ninguna que autorice semejante procedimiento;.....

"El residuo que seguía después de las listas de los doctores Cepeda y Tirado Macías era - y es aún— el del doctor Cárlos Arturo Díaz, porque éste obtuvo dos votos en lista propia, y no el del doctor Abadía Méndez, porque no figuró en lista sola con ese número de sufragios sino en una encabezada por el doctor Cepeda, a quien no se podía adjudicar el otro puesto, porque ya tenía el primero por virtud del cuociente y el nombre de su compañero; esa lista que obtuvo tres sufragios no era otra cosa que una adherencia sin virtualidad, poder ni facultad legal ninguna para formar un residuo en una lista que no podía ser escrutada porque si se escrutara de acuerdo con lo que dispone el artículo 1º citado, sería el doctor Cepeda y no el doctor Abadía Méndez, y como lo primero es absurdo, más absurdo es el escrutar a su compañero....."

Resumiendo las argumentaciones de la demanda se tiene que, en opinión de ella, el escrutinio practicado por el Senado fue ilegal por los siguientes motivos: porque al procederse al escrutinio de la séptima lista, formada por los nombres de Isaías Cepeda y Miguel Abadía Méndez, ya no podía tomarse en cuenta el nombre de Cepeda por haber sido elegido en virtud de su colocación en la primera, y por tanto no podía el Senado quitar de la séptima lista a Cepeda para dejar sólo a su compañero, Abadía Méndez; que en la forma del escrutinio practicado resulta Abadía Méndez encabezando una lista, la séptima, cuando fue la intención de los sufragantes la de que ella se encabezara con el nombre de Cepeda, y que el Senado traspasó a Abadía Méndez los votos que Cepeda obtuvo en la séptima lista.

La Corte observa:

1º No vale la consideración de que el nombre del doctor Cepeda estaba "quemado" cuando se llegó en el escrutinio a la séptima lista y que por lo mismo no era susceptible de referencia o alusión o combinación alguna para retirarlo de ella y dejar a su compañero, porque los nombres tienen dentro de cada lista virtualidad propia, cada uno, independientemente de los que los acompañan.

El Senado no retiró el nombre del doctor Cepeda para escrutar al doctor Abadía, no hizo combinación para descartar al primero; sino que eligió otro nombre por el cual se había consignado igual número de sufragios.

2º En la forma como se hizo el escrutinio por el Senado no resultó encabezando la séptima lista el doctor Abadía Méndez, contra la intención de los sufragantes de que la encabezara el doctor Cepeda; sino que por estar ya éste elegido, le correspondió al doctor Abadía ser escrutado, lo que no contraría en forma alguna la voluntad de la mayoría de los sufragantes, ya que ella se pronunció, en esa lista, en el sentido de elegir a ambos candidatos, a Cepeda y a Abadía, y no solamente al primero.

3º Al hacer el escrutinio, el Senado no traspasó votos de un candidato al otro, en la séptima lista, porque tanto el doctor Cepeda como el doctor Abadía recibieron en ella igual número de sufragios, tres Cepeda y tres Abadía; los de Cepeda no se computaron, pero sí los de Abadía, sin necesidad de transferencia alguna de votos.

Sobre la cuestión esencial en este fallo, de la escogencia del segundo nombre de una lista por haber sido escrutado ya en otra el que figura como primero en la de que se trata, el señor Procurador General de la Nación expone razones que están en un todo de acuerdo con las ya consignadas por esta Sala, en su concepto fiscal al cual pertenecen los siguientes párrafos:

"Dudo mucho que las listas deban apreciarse como íntegramente afectadas al nombre de quien las encabeza. Si la cabeza de lista tiene un privilegio por el lugar que ocupa, eso no influye, no debe influír en el destino de los otros nombres que la acompañan. Subordinar, fuéra de la colocación, los demás nombres que de una lista a la persona de quien la inicia, es aberrante, antidemocrático. Lo natural es pensar que quienes votaron esa lista quisieron favorecer en primer lugar al primero de ella y luégo al segundo. Sería democráticamente absurdo que si en la primera lista, el doctor Cepeda no hubiera podido ser elegido, ella, que tuvo diez votos según el acta, fuera descartada

para atender sobre la voluntad de diez a la voluntad de tres. Toda interpretación en materias electorales en Colombia tiene que hacerse con espíritu democrático, dando preferencia, en todo caso, a la mayoría. De las nueve listas la mayoría de voluntades se cristalizó en rededor de la primera, la segunda y la séptima listas.

"La ley dice que la colocación de los nombres se determina por su orden descendente. Si Cepeda, que es el primero en la lista discutida, fue ya elegido, y si la lista tiene derecho a ser favorecida con la elección de uno de sus nombres, éste no puede ser otro que el siguiente, descendiendo, al de Cepeda".

En el término probatorio, el demandante solicitó que se practicara una inspección ocular y un dictamen pericial sobre las papeletas que sirvieron para hacer la elección en que el Senado escrutó como Consejeros de Estado a los señores Isaías Cepeda, Ricardo Tirado Macías y Miguel Abadía Méndez. La prueba se practicó ante el Magistrado sustanciador, con la intervención del demandante y de los peritos doctores Julio C. Rey Rojas, Guillermo Nannetti y Carlos de Mendoza. En el acta correspondiente se dice que se hallaron en el sobre que contenía las papeletas, veintinueve (29) votos, o sea el mismo número que acredita el acta del Senado. La distribución de los sufragios es también casi idéntica en su totalidad a la que allí se consignó, con la sola diferencia de que en favor del doctor Isaías Cepeda, en lista propia, sólo aparecen siete (7) votos, y no diez (10). Esta diferencia no toca con el punto sometido a la decisión de la Corte, ni parece que influyera para nada en la modificación del escrutinio que practicó el Senado. Se deja constancia del examen que la Sala ha hecho de la diligencia de la inspección ocular, en relación con el acta de escrutinio del Senado, por el deber en que estaba la Corte de estudiar en su integridad las piezas que forman el juicio. Pero se advierte que en el expediente no hay manifestación alguna del actor dirigida a explicar el objeto que se buscó con la prueba pericial y de inspección ocular en referencia; ya que acerca de este tópico y de las demás cuestiones que pudieran surgir en la secuela del proceso, el demandante guardó completo silencio, pues el expediente tan sólo contiene, como único texto de acusación y de alegaciones, el del libelo que constituye la demanda.

La acción adelantada en el presente juicio se encamina a que la Corte declare la nulidad de la elección de Consejeros de Estado, hecha por el Senado de la República en la persona del doctor Miguel Abadía Méndez; y también se pide que se declare por la Corte elegido Consejero, en reemplazo del doctor Abadía Méndez, al doctor Carlos Arturo Díaz, haciendo previamente la rectificación del escrutinio.

Las razones expuestas son bastantes para demostrar la inoperancia de la acción principal de nulidad, y así habrá de declararse. No prosperando, como en efecto no prospera, la primera acción, no es el caso de entrar en el estudio de las otras peticiones que contiene la demanda.

Por tanto, 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, decide que no hay lugar a hacer la declaración de nulidad de la elección de Consejero de Estado hecha por el Senado de la República en el doctor Miguel Abadía Méndez, el día 19 de octubre de 1934.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y archívese el expediente en oportunidad.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

DEMANDA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS POR UN ACCIDENTE AUTOMOVILIARIO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos treinta y seis.

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

El general Daniel Ortiz, en libelo de fecha 21 de junio de 1932, demandó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla al Departamento del Atlántico, para que sea condenado a pagarle la suma de $ 2,000 en que estima los perjuicios por él recibidos en el accidente automoviliario ocurrido a las dos de la tarde del día 21 de diciembre de 1931, en la carretera que va de Barranquilla a Puerto Colombia, o a la suma que se determine por peritos.

Dice el demandante que en la fecha citada se dirigía de Puerto Colombia a Barranquilla a atender un llamamiento del Secretario de Gobierno, como Alcalde de Puerto Colombia, y que el autobús en que viajaba fue atropellado por el camión número 142, de lo cual resultó con la fractura del húmero del brazo izquierdo y varias contusiones y con una lesión de por vida en el brazo fracturado. Deduce el demandante la responsabilidad del Departamento de la circunstancia de que el camión número 142 estaba el día del suceso al servicio del Departamento en los trabajos de construcción de la carretera.

En sentencia de fecha 19 de noviembre de 1934, el Tribunal absolvió al Departamento del Atlántico de los cargos de la demanda. El apoderado del actor interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido para ante esta superioridad. Agotada la tramitación de la segunda instancia, se pasa a resolver el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Durante la segunda instancia no se produjeron pruebas, porque el memorial en que el apoderado del demandante solicitó la práctica de ellas, fue presentado extemporáneamente.

El demandante apoya su acción en los artículos 2347 y 2349 del C. C. La primera de estas disposiciones establece que "toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado". El segundo de los artículos citados dice así:

"Los amos responderán del daño causado por sus criados o sirvientes, con ocasión de servicio prestado por éstos a aquéllos; pero no responderán si se probare o apareciere que en tal ocasión los criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente en este caso recaerá toda responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes".

Para saber si el Departamento es responsable de los daños ocasionados al demandante por el siniestro automoviliario, es necesario definir en primer lugar quién fue el culpable del siniestro.

El demandante dice en su libelo:

"V. El camión número 142 estaba el día veintiuno de diciembre del año retropróximo (1931), al servicio del Departamento, en los trabajos de construcción de la carretera.

"VI. El accidente se debió a la falta de precaución del chofer del camión número 142, en una carretera acabada de petrolizar".

El siniestro fue ocasionado por el choque del autobús en que viajaba el demandante, general Daniel Ortiz, con el camión número 142. El primer vehículo estaba manejado por el chofer Rafael Silva y el segundo por el chofer Julio César Padilla. Aparte de la afirmación del demandante, en el juicio no hay prueba alguna que permita asegurar que Padilla fuera el responsable del accidente. Durante el término respectivo ni siquiera se intentó probar esta circunstancia, lo cual era indispensable para determinar la responsabilidad civil del Departamento, a cuyo servicio trabajaba el chofer Padilla, según manifestación del demandante, que se analizará a continuación. Sobre el particular sólo figura en autos una certificación del señor Prefecto de la Provincia, con la cual se comprueba que los choferes se achacaron mutuamente la responsabilidad en el siniestro y que éstos fueron condenados a pagar la curación del señor Ortiz. No estando comprobada la responsabilidad del conductor del camión número 142, falta uno de los elementos básicos para deducir la obligación del Departamento del Atlántico de indemnizar los daños causados al actor en el suceso relatado.

La segunda cuestión que hay que estudiar es la relativa al carácter de empleado o dependiente del Departamento que tenía el chofer Julio César Padilla. Hay en el expediente una certificación del Cajero-Pagador de la Dirección de Obras Públicas del Departamento del Atlántico sobre que en el archivo de esa oficina figuran los papeles de la carretera de Puerto Colombia, donde aparece en las respectivas planillas el ca-

mión número 142 alquilado por el Departamento, al propietario señor Héctor M. Pombo, durante la semana del 19 al 23 de diciembre de 1931, contrato N° 51, planilla N° 484. Pero no se trajo a los autos copia del contrato para estudiar sus estipulaciones y fijar así la situación jurídica del Departamento en relación con ese pacto, ni se comprobó en forma alguna que el señor Padilla dependiera del Departamento durante la semana que duró el arrendamiento del vehículo. Por consiguiente, aun cuando apareciera plenamente comprobada la responsabilidad del chofer, no sería esto suficiente para condenar a la entidad demandada, porque no se ha establecido la relación jurídica existente entre aquélla y el individuo responsable del daño.

Como no aparecen comprobados los hechos principales que sirven de fundamento a la acción, ésta no puede prosperar y —por tanto— el Departamento del Atlántico debe ser absuelto de los cargos de la demanda. La sentencia de primera instancia es, pues, jurídica y debe confirmarse.

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 apelada.

Sin costas.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Como sería absurdo que la Nación se pagase impuestos a sí misma, quien pacta con ella debe pagar los impuestos correspondientes. Aberrante sobremanera sería hacer efectiva una cantidad que en realidad de verdad se ha desembolsado para su destino natural por un funcionario, por el solo hecho de una glosa hecha por la Contraloría y consistente en que el responsable no remitió los comprobantes originales, sino en copias en papel carbón. Si tál se hiciese habría un enriquecimiento injusto de la Nación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero veintisóis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

La Contraloría General de la República feneció con alcance las cuentas correspondientes a los meses de junio, julio y agosto de 1934, de la Pagaduría de la carretera Chiquiquirá-Muzo, a cargo del señor Salomón Morales.

Con base en tales providencias debidamente ejecutoriadas, el Juzgado 1° Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago a favor de la Nación y a cargo del citado señor Morales, por la suma total de $ 324.38 m. c., más los intereses de dicha suma al 12% anual y las costas del juicio.

Ha llegado ya el momento de que sea decidido por la Sala el mérito de las excepciones propuestas en oportunidad, para lo cual deriva su competencia del precepto consagrado en el numeral 5° del artículo 36 del Código de procedimiento Civil.

Las excepciones invocadas sólo se refieren al fenecimiento con alcance de las cuentas de julio y agosto, y no al de junio, de manera que ésta queda en firme. Las razones que tuvo la Contraloría para deducir estos alcances fueron las de venir en copia al carbón comprobantes del pago de jornales, falta de autorización para el pago de un servicio automoviliario y para la compra de unos pliegos de papel sellado. El responsable dejó transcurrir el término hábil para acudir al Consejo de Estado, por lo cual quedaron ejecutoriados los fenecimientos. En el memorial de excepciones promete allegar ante la Corte los comprobantes del caso, pero es lo cierto que expiró el término probatorio de este incidente sin que se hubiese hecho uso de él, por lo cual la Corte, para resolver, ha de circunscribirse únicamente al memorial precitado y al informe enviado por la Contraloría a virtud de lo dispuesto en el auto para mejor proveer.

Las excepciones propuestas son las de inexistencia de las deudas, pago ya verifi-

cado y fuerza mayor para presentar el original de las cuentas que se han rendido en papel carbón, así denominadas por el ejecutado.

La primera dice relación a la compra hecha por Morales de quinientas hojas de papel sellado destinadas a contener los contratos que hubieren de celebrarse con los trabajadores a destajo. Se trata de sostener con una razón de hecho y otra de derecho. Es la primera la de haber recibido orden terminante del Ingeniero Jefe de la expresada carretera para tal compra, hecho que no puede ser admitido por no aparecer en el expediente prueba alguna dirigida a acreditarlo. Y la de derecho consiste en que por virtud del decreto número 92 de 1932, dictado por el Ejecutivo en ejercicio de las facultades conferidas por las leyes 99 y 119 de 1931, "se ordena que todo documento debe llevar según su cualidad y cuantía, determinado valor en estampillas de timbre nacional y dicho decreto no trae ninguna excepción en favor de las entidades de derecho público, y de consiguiente las obliga terminantemente a cubrir el valor de dichos impuestos; con mayor razón se tiene que dichas entidades forzosamente tienen que celebrar sus contratos entre particulares en papel competente, como lo demostraré con argumentación que adelante incluyo".

Es para la Corte claro el concepto que para rebatir la anterior afirmación pronunció la Contraloría: absurdo sería que la Nación se pagase impuestos a sí misma. Por esta razón, cada vez que se pacta con ella es de cargo del co-contratante el suministro de papel sellado.

Tal vez si el señor Morales hubiese incoado el recurso pertinente ante el Consejo de Estado, protegido por la amplitud de apreciación allí observada en estos casos, habría obtenido algún éxito. Esto no quiere decir que cuando ante la Corte se aduzca una razón de hecho o de derecho tal que desvirtúe la eficacia de un instrumento ejecutivo, así no lo declare. Lo que sucede es que por la esencia misma de sus funciones tienen que variar en estos casos el criterio de la Corte y el de la alta entidad contencioso-administrativa, donde predomina un sentimiento de benignidad hacia el responsable en la tramitación del juicio de cuentas cuando ha invertido el dinero irregularmente pero no en beneficio propio, a diferencia de la Corte ante la cual se presenta un título que presta mérito ejecutivo y que ha menester ya una contraprueba eficaz para ser invalidado.

No vale nada la explicación dada para justificar el pago de unos servicios automovilíarios prestados a los ingenieros de la obra, consistente en que el Gobierno más tarde dotó a la empresa de un "magnífico automóvil", y que "donde cabe lo más cabe lo menos".

Ahora, en cuanto a la excepción de pago, se observa que habiéndose fundado la glosa de la Contraloría en el hecho de que el responsable no remitió los comprobantes originales sino en copias al carbón, no puede deducirse de aquí que el pago no se haya efectuado, y aberrante sobremanera sería hacer efectiva una cantidad que en realidad de verdad se ha desembolsado para su destino natural por un funcionario público. Si tal se hiciese, habría un enriquecimiento injusto de la Nación. Además, en el informe rendido por la Contraloría en razón del auto para mejor proveer dictado por la Corte, aparece que sí fueron enviados los originales de los documentos cuya falta inicial motivó la glosa y el alcance; por lo cual el fenecimiento fue revocado y dada la orden correspondiente al juzgado ejecutor para que hiciera cesar la ejecución.

La Corte no puede desatender a esa realidad, por lo cual hará la declaración consiguiente.

El señor Procurador General de la Nación se expresa así en su concepto fiscal:

"Pero ocurre que el ejecutado dejó desamparadas totalmente en materia de pruebas las excepciones alegadas, pues durante la tramitación del incidente solamente se limitó a hacer algunos comentarios en relación con ellas, y eso en el mismo escrito en que las presentó, pero no acompañó luégo comprobante alguno que viniera a sustentarlas a fin de establecerlas legalmente.

"Y como la base del juicio la constituyen títulos debidamente ejecutoriados que traen aparejada la ejecución que se ha librado, conceptúo que la honorable Corte debe declarar no probadas las excepciones de que se habló y disponer que continúe la ejecución".

La omisión del funcionario ejecutor consistente en no haber pedido la cesación de la acción por lo que respecta al fenecimiento revocado por la Contraloría, no puede, por elementales principios de justicia, perjudicar al señor Morales.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo en parte 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 probada la excepción de pago por la suma de doscientos nueve pesos con sesenta centavos ($ 209.60), —suma a que asciende la primera glosa del fenecimiento

número 1,256 de 7 de marzo de 1925, (folio 8º, cuaderno 1º)— y no probadas las demás excepciones; ordena seguir adelante la ejecución por la cantidad que resta y no hace especial condenación en costas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

APELACION DE UN AUTO EJECUTIVO

Si en el auto ejecutivo no se conmina al ejecutado al pago de intereses, éstos no pueden liquidarse en el juicio, porque se extralimitaría el mandato del artículo 999, numeral 2º del C. J., que circunscribe la intimación al deudor a satisfacer la deuda de conformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo cuatro de mil novecientos treinta y seis.

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

El señor Administrador de Hacienda Nacional de Neiva concedió en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por el señor Mario García C. contra el auto de veintiséis de noviembre próximo pasado, dictado por el señor Juez Municipal de Tello, por comisión de la Administración de Hacienda. En la providencia mencionada se resolvió que se liquidara la ejecución adelantada por jurisdicción coactiva contra el señor García, incluyendo los intereses respectivos al uno por ciento mensual desde la fecha en que se hizo exigible la deuda hasta el día en que se verificó el pago del último remate, lo mismo que las costas correspondientes.

Tramitado legalmente el asunto, se pasa a fallarlo, previas las siguientes consideraciones:

El auto apelado fue dictado por el señor Juez Municipal de Tello y no por el señor Administrador de Hacienda, que era el funcionario investido de jurisdicción coactiva. Pero como el primero procedió por comisión de la Administración y el recurso lo concedió esta oficina, la Sala considera que tiene jurisdicción para conocer, de conformidad con el artículo 37, numeral 2º, del C. J.

El señor Procurador General de la Nación emitió su concepto en los siguientes términos:

"Considero que el funcionario de primera instancia no anduvo acertado en su decisión, pues siendo la oportunidad de decretar el pago de los intereses en toda ejecución la del mandamiento ejecutivo —artículos 986, 997, 999 y 1058 del Código Judicial—, y habiéndose omitido tal formalidad en el mandamiento dictado en este juicio, mal pueden venirse a liquidar con posterioridad y especialmente después del remate.

"En cuanto a las costas ocurre lo propio, pues se omitió también hacer la condenación en la sentencia de pregón y remate que era la oportunidad legal para disponerlo.

"Por tanto, conceptúo que el auto recurrido debe infirmarse y así lo solicito muy atentamente".

La Sala considera jurídica la conclusión del señor Procurador, por las siguientes razones:

El auto de fecha 23 de junio de 1930, de la Administración de Hacienda Nacional de Neiva, libra orden de pago por la vía ejecutiva a favor del tesoro de la Nación y a cargo de los señores Mario García C. y Cristóbal Sánchez O. en su carácter de ex-recaudador de Hacienda Nacional el primero y de fiador mancomunado el segundo, por la cantidad de $ 163.69, por valor de alcances que se dedujeron en las cuentas respectivas. Pero tal providencia no hace referencia a intereses y costas.

Conforme al artículo 1058 del C. J., los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva proceden ejecutivamente en el cobro de las deudas fiscales, siguiendo las reglas generales del juicio ejecutivo. El decreto o mandamiento ejecutivo debe contener la orden de satisfacer la deuda en que conste el título ejecutivo, en los términos establecidos en el capítulo I, Título XXXIII del C. J. El Juez de la causa, cuando procede por sí, o

el comisionado en su caso, tiene entre otros el deber de intimar al deudor que satisfaga la deuda, "deconformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución". (Arts. 986, 997 y 999, numeral 2º, del C. J.).

De manera que la obligación del ejecutado está señalada en el auto ejecutivo, y es obvio que si en éste no se le conmina al pago de intereses y costas, éstos no pueden liquidarse en el juicio, porque se extralimitaría el mandato del artículo 999, numeral 2º, del C. J., que circunscribe la intimación al deudor a satisfacer la deuda de conformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución.

Esta consideración es suficiente para concluír que el auto apelado es injurídico y debe —por tanto— revocarse.

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 apelado y en su lugar resuelve que la liquidación de la ejecución debe hacerse de conformidad con lo ordenado en el auto ejecutivo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

APELACION DE UNA SENTENCIA

El auto que otorga la apelación de una sentencia dictada por toda la Sala de un Tribunal debe ser firmado por todos los magistrados que forman la Sala y no simplemente por el magistrado sustanciador. Cuando así no se hace, la Corte no adquiere jurisdicción para conocer del juicio. Esta ha sido doctrina constante de la Corte y se funda en que la Sala respectiva es la única entidad que tiene competencia para decidir si es procedente conceder los recurso interpuestos contra providencias que ella misma ha dictado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo cinco de mil novecientos treinta y seis.

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

Por sentencia de seis de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá condenó a la Nación a pagar el valor de 32 libranzas presentadas en este juicio, por valor nominal de $ 500 cada una de ellas, o su equivalente en la moneda actual. La acción fue iniciada por el señor Belisario Ruiz N., a quien ha representado el doctor Luis F. Reyes Llaña.

El negocio subió a la Corte en virtud de apelación interpuesta por el señor Fiscal 1º del Tribunal, quien representó a la Nación en el juicio.

Antes de entrar a resolver el asunto en definitiva, es necesario decidir previamente una cuestión relativa a la jurisdicción.

La apelación fue concedida en el efecto suspensivo. Pero el auto, que tiene fecha 9 de agosto de 1934, fue firmado solamente por el Magistrado ponente y por el Secretario, y no por todos los Magistrados que integran la Sala, como ha debido hacerse, ya que se trata del proveído que otorga un recurso sobre un fallo dictado por toda la Sala y no únicamente por el Magistrado sustanciador.

La Corte no adquiere jurisdicción para conocer por apelación de una sentencia dictada por un Tribunal de Distrito Judicial, cuando el auto en que se concede la apelación sólo está firmado por un Magistrado y el Secretario. En tal caso lo procedente es devolver el expediente al Tribunal sentenciador para que conceda el recurso en forma legal.

Esta ha sido la doctrina constante de la Corte y se funda en que la Sala respectiva es la única entidad que tiene competencia para decidir si es procedente conceder los recursos interpuestos contra providencias que ella misma ha dictado.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SE DICE EN ESTE AUTO QUE LOS SALARIOS DE LOS PEONES SON LOS QUE NO PUEDEN EMBARGARSE.—"ES PEON TODO OBRERO QUE EJECUTA UNA LABOR MATERIAL PARA LA CUAL NO SE REQUIEREN PREPARACION NI APRENDIZAJE DE NINGUNA CLASE".—EL CAJISTA DE UNA IMPRENTA NO PUEDE CONSIDERARSE COMO PEON

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, marzo seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Federico A. Daza, como apoderado del señor Alvaro Sánchez en los juicios ejecutivos acumulados que le adelanta a éste la Nación, pidió al señor Juez de Ejecuciones Fiscales que decretara la cancelación del embargo de la quinta parte del sueldo de su poderdante, y que consecuencialmente devolviera a éste las sumas de dinero retenidas por este concepto.

Fue base de la petición la razón de que a Sánchez se le había embargado una parte de su sueldo como empleado de la Imprenta Nacional, calidad que no ha tenido, porque él sólo ha sido y es obrero o trabajador a destajo en dicha imprenta, donde se le paga un jornal o salario en proporción con el trabajo que ejecuta, de acuerdo con la tarifa vigente para el pago de trabajadores a destajo; y que de conformidad con el ordinal 2º del artículo 1064 del Código Judicial, no son embargables los jornales y salarios de los peones u obreros.

La solicitud se resolvió de plano, porque no había hechos qué probar, en la siguiente forma, en providencia del trece de enero último:

"Consecuente con lo expuesto, el Juzgado declara que nada hay qué resolver con relación a la petición de desembargo.

"Decrétase el embargo y retención de la suma de seiscientos setenta y cuatro pesos con sesenta y seis centavos ($ 674.66), que según constancia del expediente se le ha retenido al ejecutante. Comuníquese este embargo al señor Tesorero General de la República, transcribiéndosele esta providencia.

"Decrétase el embargo y retención de la quinta parte de lo que la Nación pague al ejecutado Sánchez por concepto del trabajo que ejecute como consecuencia de los contratos sobre prestación de servicios y como cajistá de la Imprenta Nacional".

Dicha providencia fue apelada por el apoderado de Sánchez. Y llegados los autos a la Corte y agotada la tramitación correspondiente, procede resolver, para lo cual se considera:

El señor Procurador emitió el siguiente concepto:

"El señor Juez del conocimiento se abstuvo de resolver la petición de desembargo fundándose en que el embargo decretado no cobija a las sumas reclamadas y optó por disponer de nuevo el embargo de éstas y como consecuencia el de "la quinta parte de lo que la Nación pague al ejecutado Sánchez por concepto del trabajo que ejecute como consecuencia de los contratos sobre prestación de servicios y como cajista de la Imprenta Nacional". "De tal providencia apeló el apoderado de Sánchez".

"Creo que el señor Juez de primera instancia está en lo legal al dictar la providencia recurrida, pues si bien es cierto que se ha establecido que el ejecutado no es empleado público en el sentido estricto de la ley, no lo es menos que su condición de cajista por contrato no es la del 'peón' a que se refiere el ordinal 2º del artículo 1004 del Código Judicial, ya que éste 'es el que ejecuta o trabaja en cosas materiales que no piden arte ni habilidad como el operario que se destina a la conservación o reparo de las vías públicas o el obrero que ayuda a emplear los materiales en una construcción' (Diccionario de la R. A. Española), y el cajista, por el contrario, desarrolla una labor de arte y habilidad, cuando no de intelectualidad.

"Por tanto, soy de concepto que el auto que ha sido materia de apelación debe ser confirmado por la honorable Corte, y así lo solicito muy atentamente".

Tres cuestiones deben estudiarse: 1ª Si el Juzgado debió o no resolver afirmativa o negativamente sobre la solicitud de desembargo; 2ª Si en la misma providencia en que se resolvió la articulación de desembargo se podía decretar un nuevo embargo; y 3ª Si es embargable lo que gana Sánchez como cajista de imprenta.

I. Sobre el primer punto razona así el apelante:

"Si a los folios 20, 78 y 144 del expediente figuran las providencias por medio de las cuales el juez ejecutor decretó el embargo y retención de tales sumas de dinero, y si en el último expediente obran los varios oficios en que consta el cumplimiento dado por los pagadores respectivos, a esas providencias, resulta diáfano que la solicitud de desembargo ha tenido materia sobre qué recaer: un embargo vigente y en pleno cumplimiento. Desde este punto de vista nada

más, resulta erróneo —por lo menos— la declaración del señor juez sobre improcedencia de la solicitud. Y si se tiene en cuenta que a ésta se acompañó la prueba demostrativa de la ilegalidad de tal embargo, bien se comprende la temeridad que implica hacer semejante declaración. Como se ve, sobre el particular el juez a quo incurrió o incidió no sólo en error de hecho, sino también de derecho: se equivocó totalmente.

"Por otra parte, a toda petición fundada en hechos y en derecho y que sea respetuosa, elevada a las autoridades legítimamente constituídas, debe recaer no sólo una pronta respuesta, sino también una resolución que sea armónica con lo pedido y con sujeción a la ley vigente que le sea aplicable, así sea la resolución adversa o favorable (art. 45 de la C. N.). De forma que, cuando una autoridad se abstiene de ello, sin fundamentos legales o justificativos —como ha ocurrido en el presente caso— se declara conticta y confesa de un acto de denegación de justicia".

Es evidente que constan en el expediente autos ejecutoriados en que se ordenó el embargo de una parte del sueldo de Sánchez; consta también que se libraron los oficios respectivos para la retención de la parte del sueldo embargada; y también consta que los pagadores hicieron la retención del dinero, considerando el jornal o salario de Sánchez como sueldo.

Pero resulta evidente que Sánchez no era empleado sino cajista de la Imprenta Nacional; y en esta circunstancia no ganaba sueldo sino jornal o salario. Por consiguiente, el embargo del sueldo, que es, al tenor del artículo 1869 del Código Civil, una cosa que no existe, pero se espera que exista, no se realizó por carencia de objeto.

Según el artículo 1019 del Código Judicial, el ejecutado puede pedir el desembargo de los bienes indebidamente embargados. A esta disposición parece que se acoge la solicitud del doctor Daza, puesto que pide se decrete la cancelación del embargo, y que como consecuencia del desembargo, se devuelvan a su poderdante las sumas retenidas. Esto significa que el peticionario creyó que la suma que se había retenido estaba embargada. Por consiguiente, habiéndose referido la solicitud directamente al desembargo de esta suma, debe observarse que no fue ella la que se había embargado antes de dicha petición. Dado tal acontecimiento, es acertada la siguiente observación del señor Juez a quo: "En estas circunstancias, la petición formulada por el señor apoderado de Sánchez es improcedente". Esto es claro, porque no hay acción para un desembargo, cuando el embargo no existe. Así debió decidirse —con más propiedad— en la parte resolutiva de la providencia que se revisa, en vez de decir que "nada hay que resolver con relación a la petición de desembargo". Sin embargo, esta fórmula, adoptada por el Juez a quo, significa en el fondo tanto como decir que no habiendo existido objeto para el embargo, la acción de desembargo era innocua. Y esto fue lo que dicho Juez decidió al expresar en la parte resolutiva de su auto que nada había que resolver por carencia de materia, lo que es aceptable, ya que no hay fórmulas sacramentales en nuestro derecho.

Como la apelación se interpone en la parte desfavorable, y como el apelante no se conformó con esa decisión, no encontrando la Sala motivo para una revocación, se ve en el caso de aclarar, como aclarará, la parte resolutiva del auto recurrido, agregando "porque la acción es improcedente".

II. El segundo punto de la providencia apelada se refiere al nuevo embargo decretado.

Acerca de esto, razona así el apelante en su alegato aducido ante la Corte:

"De otro lado, es un absurdo —quizá sin precedentes en los anales judiciales nuéstros— el que a una solicitud de desembargo, debidamente fundada y hecha en tiempo, se le responda con un decreto de embargo de los mismos bienes cuya retención se ha considerado, en la propia providencia, como indebidamente hecha. Ese procedimiento es sorprendente, si no fuera absurdo e injurídico. Afortunadamente, una medida así tomada y en un régimen legal como el nuéstro, no puede tener vida jurídica, porque nació prematuramente muerta; ni menos, muchísimo menos, producir ningún efecto jurídico. En jurisprudencia es elementalísimo que el juez debe concretar y limitar sus decisiones o providencias al caso sometido a su decisión, al caso controvertido, sin salirse del elenco, sin extralimitarse en forma alguna".

Se considera: En los juicios por jurisdicción coactiva, el juez del conocimiento, al mismo tiempo es el representante de la entidad que cobra. Este doble carácter lo inviste de una facultad que no puede tener el juez de derecho común, con el que se diferencia en este modo esencial. Aquella facultad confiere al juez de Ejecuciones Fiscales imperio para proceder en defensa de los intereses de la entidad pública que representa. Por esto, la declaración de embargo que se decretó en el auto, independientemente de lo que había solicitado el

doctor Daza, estaba autorizada por la ley, porque no habiendo fiador de saneamiento, ni siendo, en concepto del funcionario, suficientes los bienes embargados, podían embargarse otros.

Puede hasta admitirse que en la providencia se cometió una preposteración, pues las dos declaraciones —la que resolvía sobre el desembargo y la que decretó el nuevo embargo—no han debido dictarse en un mismo proveído, porque parece que lo natural habría sido proferir dos autos separadamente, aunque hubieran sido más o menos simultáneos. Mas el hecho de haberse resuelto las dos cuestiones en una misma providencia, no es propiamente una irregularidad que deba subsanarse en esta segunda instancia.

III. La tercera cuestión se refiere a saber si podía embargarse parte de lo que gana el ejecutado como cajista de imprenta. El apelante sostiene que no, en los siguientes apartes de su alegato. Dice:

"Muy claramente rezan los autos que al ejecutado Sánchez se le embargó y retuvo una parte de su remuneración, en el concepto de provenir ella de sueldo, pues se consideró a Sánchez como empleado de la Imprenta Nacional.

"A los mismos autos se llevó la prueba demostrativa de que Alvaro Sánchez no ha sido ni es actualmente 'empleado' de esa Imprenta, sino, por el contrario, obrero o trabajador a destajo. De donde se deduce sin sombras de duda que la "remuneración" que él ha venido recibiendo en pago de sus trabajos es sencillamente un salario por unidad de obra.

"Los salarios de los obreros —sea que éstos se llamen 'peones', 'destajeros' o 'jornaleros', o sea que aquéllos se fijen, clasifiquen o estipulen conforme a las siguientes formas más comunes: 'por unidad de tiempo' (día, semana, etc.), 'por unidad de obra' o 'por tarea', esos salarios —repito— no son embargables, conforme al espíritu del ordenamiento consignado en el artículo 1004 (ord. 2º) del Código Judicial vigente. Tal interpretación es tan puesta en razón, tan clara, que el razonamiento no hace otra cosa que oscurecerla y empañarla.

"Si, pues, al ejecutado Sánchez se le ha embargado y retenido una parte de sus salarios, y siendo, como en efecto es, completamente ilegal la medida y, además, así reconocido por el juez a quo, luego debe cesar totalmente el embargo y ordenarse, en consecuencia, la devolución o entrega de lo indebidamente retenido".

En lo transcrito se objeta que lo que se embargó no es embargable, conforme al ordinal 2º del artículo 1004 del Código Judicial.

Para resolver, hay que tener en cuenta lo siguiente: Un jornal o salario es el emolumento que recibe el trabajador por servicios prestados. Puede este salario ser por unidad de tiempo, por unidad de obra, o a destajo, o por tarea.

El certificado del Director de la Imprenta Nacional, que obra en autos, acredita lo siguiente:

"1º Que en el libro de actas de posesiones que existe en la Imprenta Nacional (1901 a 1916), en la página 447, consta que 'el 3 de agosto de 1914, tomó posesión del puesto de cajista de 2ª clase el señor Alvaro Sánchez, para el cual fue nombrado por resolución Nº 97 de fecha 30 del mes próximo pasado y en reemplazo del señor Luis Manuel Bernal, quien pasó a ocupar otro puesto'. Con posterioridad a la fecha de la anterior acta de posesión, el señor Sánchez pasó a trabajar como cajista a destajo hasta que en 1930, por resolución Nº 47 de 31 de octubre de dicho año, fue nombrado cajista a destajo de la Imprenta Nacional, cuya acta de posesión reposa en el Ministerio de Gobierno. (Con anterioridad al 31 de octubre de 1930 los empleados a destajo eran designados verbalmente por el Director de la Imprenta).

"2º Que el expresado señor Sánchez no es empleado de nómina sino obrero o trabajador a destajo, cuyo jornal o salario se le paga en proporción con el trabajo que ejecuta, de acuerdo con la tarifa vigente para los pagos de los trabajos a destajo".

Es, pues, evidente que el señor Sánchez es obrero-cajista, a quien se le paga, no como jornalero, sino por la obra que realice, es decir, por unidad de obra.

No es preciso entrar a dilucidar si el trabajo a destajo es un contrato de arrendamiento de servicios o más bien un contrato innominado, como otros dicen, empleando la frase latina: "faci out des". Lo que debe determinarse es si Sánchez era peón en la Imprenta, o si era un obrero, porque éstos dos conceptos tienen una diferencia específica: el peón es una especie del género obrero. Un peón es un obrero, pero no todo obrero es peón. Sánchez es un obrero a destajo, un cajista de la imprenta.

Según se desprende del ordinal 2º del artículo 1004 del Código Judicial, no son embargables "las sumas que se paguen a los empresarios o contratistas de obras públicas, durante la ejecución de los trabajos" pero allí se exceptúa lo que "se adeude a los artífices u obreros por su salario", lo que significa que esto sí puede embargarse. Consiguientemente, es preciso averiguar si

Sánchez pertenece a la clase de obreros, denominada peones, pues son los jornales y salarios de los peones lo que no puede embargarse.

Es peón todo obrero que ejecuta una labor material para la cual no se requieren preparación ni aprendizaje de ninguna clase, como los jornaleros de la agricultura, los cargueros, los cavadores, los picapedreros, etc., etc. En otros términos: es peón el que trabaja en cosas materiales que no piden arte ni habilidad especial. Siendo esto así, es claro que el cajista de una imprenta no puede considerarse como peón en el sentido expresado. Por consiguiente, lo que se ha embargado a Sánchez, y que es parte de lo que gana como cajista, sí es embargable.

En fuerza de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema confirma la providencia apelada, pero aclarando el punto primero de ella con la adición de que no prospera la acción de desembargo propuesta, porque no habiendo materia sobre qué recaer, la acción es improcedente.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán.Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INCIDENTE DE NULIDAD

Habiendo varios demandados en un juicio, es Juez competente para conocer del pleito el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del actor, de conformidad con la regla 15 del artículo 152 del Código Judicial. El texto de esa disposición legal solucionó de manera acertada todos los conflictos que antes se presentaban en materia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Fiscal 2º del Tribunal Superior de Bogotá, a nombre de la Nación, pidió a aquella entidad que fuese declarado baldío un globo de terreno situado en los municipios de Prado, Purificación y Cunday, departamento del Tolima, señalando como sus actuales poseedores a las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva, representadas por Inés Leyva Caicedo de Rivas, María Cecilia Leyva Caicedo de Suárez, María Teresa Leyva Caicedo de Ortega, Dolores Leyva Caicedo de Moreno y Alberto Leyva Caicedo, y el señor Marco A. Restrepo G. Determinó como domicilio de los demandados la ciudad de Bogotá.

Con posterioridad, siguiendo el juicio su curso normal, el doctor Luis Enrique Cuervo, apoderado de varios de los herederos ya dichos, solicitó que previos los trámites de una articulación, se declarase la nulidad de todo lo actuado por incompetencia de jurisdicción. El Tribunal, en providencia que lleva fecha de veinte de noviembre del año próximo pasado, rechazó el pedimento, por lo cual los interesados apelaron, y ésta es la razón de hallarse el negocio al conocimiento de la Corte, que procede ya a decidir, situado como se halla el recurso en debida forma.

La decisión apelada dice así en lo pertinente:

"... se ha demandado en el juicio a las herencias de Lucía Caicedo de Leyva y Uldarico Leyva, representadas por sus herederos antes nombrados, y también se ha demandado al señor Marco A. Restrepo G., en propio nombre.

"Alega el articulante que los herederos de las prenombradas sucesiones son vecinos del Departamento del Tolima, Departamento éste en donde, por otra parte, están situados los bienes materia del juicio, y de aquí concluye, de conformidad con el art. 155 del C. J., que el Tribunal competente para conocer de este litigio lo es el de Ibagué y no el de Bogotá, y por tanto este último carece de jurisdicción para conocer del pleito, lo cual acarrea nulidad de lo actuado por este Tribunal.

"Acepta el articulante que el demandado Marco A. Restrepo G. sí es vecino de esta ciudad de Bogotá.

"Dice la regla 15 del artículo 152 del C. J.: 'En los juicios que se sigan contra varios demandados es Juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante.

"Es clara la razón en que se funda la regla transcrita: cuando son varias personas las que forman la parte que ha de ser demandada y cada una de esas personas tiene diferente domicilio, en distintos distritos judiciales, se haría imposible para el presente actor iniciar su acción, porque no podría escoger el domicilio de uno de los demandados, con prescindencia del de otros, y tampoco podría dividir la acción, sin perjuicio de la unidad del pleito. Por esto fue indispensable que el legislador solucionara este posible conflicto para el actor, y lo hizo acertadamente mediante la disposición transcrita.

"Ahora bien, como ya se dijo, en este juicio hay un demandado (el señor Marco A. Restrepo G.), que es vecino de Bogotá, y por tanto, es de aplicación la regla transcrita. Vale decir, que la vecindad del codemandado señor Restrepo da la jurisdicción a este Tribunal para conocer del litigio.

"Contra esto alega el señor doctor Cuervo que el demandante involucró dos acciones, que las inició conjuntamente cuando ha debido seguirlas por separado, ya que tenían cada una su causa diferente.

"Si la demanda ha debido establecerse por separado contra cada uno de los demandados, es cuestión que correspondía discutirse en excepciones dilatorias, pero no en el estado actual del juicio. Hoy solamente está sub judice la cuestión de nulidad, y sería exótico resolver sobre una excepción dilatoria que no ha sido propuesta. El hecho es que entre los demandados hay uno que es vecino de Bogotá y esta circunstancia le da la jurisdicción al Tribunal para conocer del pleito e impide la declaratoria de nulidad por este concepto.

"Que se involucraron acciones que debían tramitarse por cuenta separada. ¿Esto no es motivo de nulidad, ni en tal carácter fue propuesta por el articulante ésta que él considera una anomalía? No es procedente ahora estudiar si existe o no la irregularidad invocada por el doctor Cuervo, es decir, si debía seguirse un juicio contra las sucesiones, y otro, separado, contra el señor Restrepo. Porque cualquiera resolución al respecto, envolvería un fallo extra petita, que abandonaría los términos de la litis contestatio trabada en este incidente".

El señor apoderado del actor sustenta su recurso ante la Corte, así:

"No discuto la verdad de la regla consignada en el artículo 152 del C. J. citado. Pero lo que sí discuto es la oportunidad de su aplicación al caso decidido por el Magistrado a quo... Es claro, de toda claridad, que cuando la ley habla de 'varios demandados', supone necesariamente varias personas que forman la parte demandada. Si no fuera así, se desconocerían las reglas más elementales sobre continencia de la causa. Esto lo entendió muy bien el señor Magistrado a quo, como se deduce del párrafo en que comenta y explica la mencionada regla 15 del art. 152 del C. J. Pero lo que no advirtió la providencia recurrida es: que los Leyvas y el señor Restrepo no forman la parte demandada. Este es un concepto técnico o legal, no puramente material o vulgar. El señor Magistrado que suscribió el auto recurrido en providencia de 10 de octubre de 1930, sentó la siguiente doctrina: 'La palabra parte, tanto en el lenguaje judicial como en el contractual (art. 260 del C. J.), comprende a la persona o grupo de personas que se hallan identificadas en orden a un mismo fin'. (Revista Justicia, número 4, página 273). Qué tan valiosa sería esta doctrina que el legislador de 1931 la elevó a canon en el artículo 202 de la ley 105 de ese año.

"... Luégo, según esta doctrina, tan sabiamente formulada por el mismo Magistrado doctor Gonzalo Gaitán, para saber si varias personas forman la parte demandada, hay que averiguar si se ven atacadas por la misma acción. Y para esto último deben realizarse los tres requisitos clásicos, como continúa explicando aquella erudita providencia que cito: eadem res, eadem causa petendi, eadem conditio personarum. Que aquí no existe el primer requisito es evidente: A los Leyvas los demandan por los terrenos de Cunday, y al señor Restrepo por los terrenos de 'Balkanes'. Los otros requisitos tampoco se realizan por la sencilla razón de que el título de los Leyvas sobre 'Cunday' es la sucesión por causa de muerte de sus padres —título gratuito—, mientras que el que invoca el señor Restrepo es una compraventa —título oneroso—. Muchas otras consideraciones podrían hacerse sobre este tópico, pero bastan las apuntadas para demostrar el error en que incurrió el señor Magistrado a quo, por olvidarse de su bella doctrina de 1930.

"Contra la argumentación que desarrolló el doctor Cuervo, anticipándose a la objeción que iba a hacérsele por concepto de la presencia del señor Restrepo, observó el auto recurrido que ha debido alegarse en

excepciones dilatorias. Concepto no menos errado e impugnable.

"Efectivamente: los hechos exceptivos deben ser personales e invocables por el excepcionante; ahora, en el caso de autos no podían alegar los señores Leyvas hechos ajenos, tocantes o atinentes al señor Restrepo.

"De la crítica que someramente me he permitido hacer, sobre lo más saliente del auto recurrido, se desprende que ha quedado en pie esta conclusión:

"Que los Leyvas tienen derecho a que los citen ante su propio fuero, que es el de su domicilio, y que si no han sido citados ante él, como en efecto ha pasado, el juicio es nulo en función de las causales que contempla el artículo 448 del Código Judicial en sus enumeraciones 1ª y 3ª".

La Corte, para resolver considera:

Aparece del texto de la demanda que ésta fue dirigida conjuntamente contra los representantes de las sucesiones ilíquidas y el señor Marco A. Restrepo; que en ella se impetra como cuestión principal la declaratoria de baldío de un globo de terreno cuya alinderación se señala, y como secundaria, que tal declaración se haga al menos de la porción del terreno ya determinado, acerca de la cual no demuestran los demandados haber adquirido dominio.

Y entre los hechos señalados para fundarla se expresaron los de que "según certificado del Registrador de Instrumentos públicos y privados del Círculo de Purificación, no aparece en los libros de esa oficina comprobante alguno del cual resulte que sobre los terrenos en referencia se hicieran transferencias con anterioridad al año de 1846, a pesar de haber revisado los libros correspondientes hasta el año de 1767"; de que por "escritura de cinco de diciembre de mil ochocientos cuarenta y seis, otorgada en la Notaría de Purificación, y registrada en la oficina respectiva bajo la partida número 71, el señor Luis Caicedo Santamaría, como apoderado de la señora Juana Jurado, en su propio nombre, el señor Juan Caicedo y otros vendieron al señor Francisco Caicedo, entre otros bienes, las tierras de 'Cunday' por los linderos especificados en la primera petición de esta demanda"; de que después de haberse transferido el dominio de Francisco Caicedo a la señora Lucía Caicedo de Leyva, en virtud de sucesión por causa de muerte, el general Uldarico Leyva, esposo de dicha señora, vendió al señor Lisandro Leyva M. una porción del globo general de que se viene tratando, la que le fue adjudicada al señor Marco A. Restrepo como cesionario de derechos hereditarios en los juicios de sucesión acumulados de los consortes Lisandro Leyva y Margarita Pereira de Leyva, protocolizados en la Notaría 3ª del Circuito de Bogotá en marzo de 1928, al cual predio se le dio en un principio el nombre de "Rionegro" y luégo el de "Balkanes". Y por último, que en el Juzgado 1º en lo Civil del Circuito de Bogotá, se abrieron y cursan actualmente, acumulados bajo una misma cuerda, los juicios de sucesión de la señora Lucía Caicedo de Leyva y del señor Uldarico Leyva, en los cuales, antes de ser decretada la acumulación, fueron reconocidos como herederos los señores Leyvas Caicedos, contra quienes va dirigida la demanda. (Folios 7, 8, 9 y 10 del cuaderno 1º).

La demanda fue notificada personalmente a los demandados, a unos directamente y a otros por medio de comisionado para tal efecto. Como las señoras María Cecilia Leyva Caicedo de Suárez y Dolores Leyva Caicedo de Moreno no quisieron firmar la diligencia de notificación, se apeló a testigos que la presenciaron y quienes bajo la gravedad del juramento depusieron en tal sentido ante el Magistrado sustanciador del Tribunal. Como asunto digno de tenerse en cuenta está el de que tanto el citador del Tribunal, como los testigos, manifiestan haber sabido las direcciones de las referidas señoras en Bogotá, por las listas oficiales de correos y telégrafos y la de teléfonos, además de información suministrada por un miembro de familia de aquéllas.

En oportunidad, el señor Marco A. Restrepo denunció el pleito a sus antecesores en el dominio de la finca de los "Balkanes", señores Ricardo Leyva Pereira, Lisandro Leyva Pereira, Margarita Leyva de Vanegas y Graciliana Leyva de Pombo, a quienes señaló como vecinos del Distrito Judicial de Bogotá. Fundó su petición en que la "misma parte demandante confiesa que por medio de la escritura pública número 417, de 24 de marzo de 1928, se me adjudicó, en mi carácter de cesionario de los herederos del General Lisandro Leyva y de su esposa la señora Margarita Pereira de Leyva, un globo de terreno ubicado en jurisdicción del municipio de Prado, departamento del Tolima, denominado 'Balkanes', cuyos linderos son los mismos de que se habla en la demanda en la parte conducente y que a mi se refiere" (subraya la Sala).

No admitió el Tribunal la denuncia por razones que no son para ser expuestas aquí, pero que en ninguna forma alteran la cuestión substancial de estar comprendido el predio de "Balkanes" dentro del globo de te-

rreno cuya declaratoria como baldío se invoca.

Se hallan, pues, en concepto de la Corte, esclarecidos los siguientes hechos: el predio de "Cunday" y el de "Balkanes" formaban en 1846, época de la enajenación hecha al señor Francisco Caicedo, un solo cuerpo, que con posterioridad, en 1895, fue desmembrado por razón de la venta hecha por el General Uldarico Leyva, esposo de la señora Lucía Caicedo de Leyva, al señor Lisandro Leyva M., surgiendo de esta operación el mismo lote de terreno adquirido en 1928 por el señor Restrepo, en la mortuoria del señor Leyva M.

De lo anteriormente dicho se desprende que el primero de los tres requisitos clásicos para integrar judicialmente una parte, la identidad de la cosa, *eadem res*, se halla realizado. Claro es que en la actualidad los "Balkanes" y "Cunday" son dos predios distintos, pero lo esencial para su identificación es la época en que la demanda los contempla, cual es la de 1846, época para la cual se arguye por la Nación que el entonces predio de "Cunday" no había salido de su patrimonio y fue objeto de operaciones entre particulares.

El segundo requisito también se efectúa: si bien es cierto que los títulos próximos invocados por Restrepo y los Leyvas Caicedos son distintos, compraventa —oneroso—, sucesión por causa de muerte —gratuito—, no lo es menos que la fuente de donde se derivan primordialmente sus derechos es una misma, común a todos: la enajenación contenida en la escritura de 1846.

Acaece lo mismo con el tercero, porque hay identidad jurídica en las condiciones de las personas, las calidades de Marco A. Restrepo y de los Leyvas Caicedos son las calidades que comporta el hecho de ser causahabientes de Francisco Caicedo, el vendedor de 1846.

Y no está por demás recordar que corren en los autos declaraciones que constituyen indicios acerca de que por el tiempo de presentación de la demanda, vivían en Bogotá, además del señor Restrepo, dos de las demandadas.

A la luz de las anteriores consideraciones se desvirtúa la esencia de la argumentación que, para sustentar el incidente de nulidad propuesto, puede cristalizarse en este párrafo del alegato hecho por el doctor Cuervo ante el Juez a quo:

"Entre los señores Leyvas Caicedos, que deriban su título actual sobre 'Cunday' de la sucesión de sus padres legítimos, y el señor Restrepo, que deriva el suyo de una compra de derechos herenciales, seguida de la correspondiente adjudicación respecto de aquellas personas a quienes quiso denunciar el pleito, no existe ningún vínculo o conexidad que permita citarlos ante el mismo fuero". (Subraya el articulante).

Ya se ha visto cómo jurídicamente entre el interés del señor Restrepo y el de los señores Leyvas hay una tan estrecha vinculación, que impulsa a la Corte a decidir de acuerdo con esa realidad.

En lo concerniente a la segunda de las alegaciones expuestas por el recurrente ante la Corte, y dirigida a probar que el Tribunal procedió con desacierto al conceptuar que ha debido alegarse en excepciones dilatorias lo atañedero a la presencia del señor Restrepo en el juicio como demandado conjuntamente con los señores Leyvas, alegación consistente en que los "hechos exceptivos deben ser personales e invocables por el excepcionante", y que en consecuencia, "en el caso de autos no podían alegar los señores Leyvas hechos ajenos, tocantes o atinentes al señor Restrepo", la Corte observa:

La excepción dilatoria se habría enderezado a suspender o mejorar el procedimiento, y el hecho que la engendraba podía invocarse tanto por el señor Restrepo como por los Leyvas, desde luego que tendía naturalmente a excluir a los unos de la demanda incoada contra el otro, o viceversa. Era un hecho personal de los Leyvas considerarse desligados de todo nexo con Restrepo para hacer un frente común de defensa en la demanda promovida contra ellos conjuntamente, y como hecho personal habrían podido alegarlo para amparar el incidente exceptivo.

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado legal, se expresó así:

"La razón que alega el apoderado es la de que los herederos de las sucesiones son vecinos del Departamento del Tolima, donde también están situados los bienes materia del juicio, deduciendo, de conformidad con el artículo 155 del Código Judicial, que el Tribunal competente para conocer de este litigio lo es de Ibagué y no el de Bogotá, y que por consiguiente éste carece de jurisdicción para conocer de aquél, lo cual acarrea la nulidad de lo actuado.

"A primera vista parece que el articulante tuviera razón en su tesis, pero si se consulta la regla 15 del artículo 152 del citado Código se llega al convencimiento de que el Tribunal de Bogotá anduvo dentro de la legalidad al avocar el conocimiento del actual negocio.

"Dice la disposición citada: 'En los juicios que se sigan contra varios demandados,

es Juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante', y como consta que hay un demandado vecino de Bogotá —el señor Marco A. Restrepo G.—, tiene preferente aplicación la regla transcrita, cuyo texto solucionó de manera acertada los conflictos que se presentaban antes en materia de jurisdicción en casos como el presente.

"Por lo expuesto, conceptúo que el auto requerido es legal y que debe confirmarse por esa honorable corporación".

En mérito de las consideraciones hechas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, confirma la providencia apelada.

Sin costas.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El Tribunal Superior de Cartagena está conociendo por apelación de un juicio de Guillermo E. Jimeno contra The Colombian Railway & Navigation Cº Lit. El señor Jimeno recusó a uno de los Magistrados de la Sala Civil; y la Sala Dual decidió el incidente por auto de 6 de noviembre de 1935, declarando que no había lugar a separar del conocimiento del negocio al Magistrado recusado. Apelada dicha providencia, la Sala Dual negó la apelación, porque aquélla había sido dictada en un incidente formado dentro de un negocio de que conocía el Tribunal en segunda instancia.

El señor Jimeno, invocando el artículo 444 del Código Judicial, en su parte final pidió reposición de ese auto, a lo cual respondió la Sala Dual:

"De conformidad con el art. 198 del Código Judicial, "por regla general, en los juicios hay dos instancias o grados. La primera se surte desde que se inicia el juicio hasta que queda ejecutoriada la sentencia definitiva del inferior o hasta que se remite el expediente al Superior por apelación o consulta. Y la segunda, desde que se recibe por el Superior el proceso hasta que se resuelve el recurso o consulta".

"Bien se comprende que los incidentes en los juicios se mueven dentro de aquella órbita, pero sin poderse salir de ella, esto es, que decidido un incidente propuesto dentro de un negocio que se encuentra en primera instancia, puede llegar por los recursos legales al conocimiento del superior que ha de decidir el juicio principal, con lo cual viene a revisarse la providencia del inferior. Puede tomarse por ejemplo un incidente de nulidad. En cambio, no ocurre lo mismo si el incidente se promueve en la segunda instancia, pues ha de decidirse allí mismo sin que pueda concederse apelación de ese proveído, puesto que se llegaría entonces a la tercera instancia que rechaza nuestra legislación. Si así no fuera, la Corte Suprema estaría conociendo de una serie de incidentes promovidos en negocios que cursan en los Tribunales Superiores, sin que pudiera en cambio conocer del negocio principal, lo cual sería una verdadera anomalía, que rechazan la lógica y el derecho".

"Pero el señor Jimeno invoca el art. 444 del C. J., y sostiene que el auto cuya reposición se pide, viola tal precepto legal. El Tribunal no comparte ese criterio y sostiene en cambio que él es de imperativa aplicación dentro de aquellas fórmulas de procedimiento, y que por tanto no tiene efectos en este caso. Si se tratara de un incidente de recusación que hubiera tenido su origen dentro de un negocio del cual conociera el Tribunal en primera instancia, entonces sí sería del caso proceder en la forma indicada en el art. 444 del C. J. En cambio, si aquí se concediera la apelación, tendríamos que en el negocio del señor Jimeno, en el cual se actúa, habrían intervenido el Juzgado de circuito (primera instancia), y el Tribunal Superior (segunda instancia) y la Corte (decisión de incidentes), lo cual sí vendría a

ser una violación del art. 198 del Código de Procedimiento Civil. Pero anota el señor Jimeno que el art. 444 no hace diferencia entre las recusaciones cuando de ellas se conoce por razón de negocios de primera instancia o segunda, a lo cual habría que agregar que estaría demás que la ley entrara a establecer tales diferencias, no siendo ello necesario, puesto que la reglamentación de la instancia, que en el lenguaje forense significa "el ejercicio de la acción en cada uno de los grados del juicio', permite interpretar lógica y fácilmente aquel precepto legal".

Claras y jurídicas son las razones transcritas, pero Jimeno no las aceptó, y por escrito del 18 de febrero último introdujo en legal forma el recurso de hecho. Sus argumentos se apoyan de nuevo en el art. 444 del C. J., y en las consecuencias que, según él, se desprenderían de la tesis sustentada por la Sala Dual del Tribunal de Cartagena.

Para decidir el recurso, se considera:

El Tribunal está conociendo del negocio principal como juez ad quem, esto es, como juez ante quien se interpone una apelación de una providencia del juez inferior en el orden jerárquico. Si la Corte pudiera conocer de la incidencia de recusación de que se trata, se llegaría a la suposición de que podía conocer también de lo principal, es decir, que habría una tercera instancia, lo que no se compadece con nuestro procedimiento.

El dicho artículo 444 del Código Judicial no puede interpretarse sino armonizándolo con el 198 del mismo Código. Por regla general hay dos instancias. Hay casos de una sola instancia, pero no de tres.

Ahora: las cuestiones que sobrevienen durante el curso de la acción deducida en el juicio, son los incidentes de que conocen quienes pueden conocer del pleito, porque a la facultad de juzgar corresponde la de sustanciar y decidir lo substancial y los incidentes.

La Corte (Sala de Negocios Generales) conoce en segunda instancia de los negocios civiles de que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores de Distrito Judicial. Por manera que si el asunto de que se trata está en el Tribunal en segunda instancia, la Corte no puede aprehender el conocimiento de las incidencias, porque carece de facultad para conocer de lo sustancial del pleito.

Además de esto, según el último inciso del artículo 84 del Código Judicial, sólo son apelables ante la Corte los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales Superiores en primera instancia. Lo que quiere decir que si los autos se dictan en negocios de segunda instancia, ellos no son apelables ante la Corte. Si lo fueran, sería tanto como aceptar que la Corte podría conocer de lo sustancial; en este caso habría una tercera instancia.

Para que pueda prosperar el recurso de hecho, se requiere, conforme al artículo 516 del Código Judicial, "que la apelación sea procedente"; de modo que no siéndolo, como no lo es en el presente caso, estuvo bien denegada la apelación. Estas razones son suficientes para decidir.

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia estima bien denegada la apelación, y dispone que, con copia de esta providencia, se ponga en conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena para que conste en los autos.

Notifíquese, cópiese y archívense las diligencias.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

LAS EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO DEBEN FUNDARSE EN HECHOS PARA QUE SEAN PROCEDENTES. ESTO ES MAS IMPORTANTE QUE LA DENOMINACION DE ELLAS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Alejo Moreno S. fue nombrado contador del crucero Cartagena en septiembre de 1909, y para asegurar su manejo otorgó la escritura número 539 de 10 de dicho mes ante el Notario de Cartagena, por medio de la cual se constituyeron fiadores solidarios del expresado contador los señores Milciades Rodríguez y Antonio Gulfo para responder por el manejo de aquél, y no sólo por $ 2,500.00 en que se fijo la cuantía de la fianza, sino por cualquiera suma mayor que resultase a cargo del fiado.

En providencia Nº 90 de 16 de mayo de 1927, la Contraloría General de la República elevó un alcance líquido a cargo de Moreno por la suma de $ 3,676.60, correspondiente a las cuentas del año de 1909. Con esta providencia no pudo notificarse personalmente ni al responsable directo ni a los fiadores, aunque por la Contraloría se hicieron algunas gestiones al respecto, se notificó por medio de edicto que fue publicado en el número 20633 del Diario Oficial, correspondiente al 31 de octubre de 1927.

Con esta base, el Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Alejo Moreno, por auto de 8 de agosto de 1929. Posteriormente —el 12 de julio de 1933— hizo dicho Juez extensivo ese mandamiento a los fiadores solidarios Milciades Rodríguez y Antonio R. Gulfo, sin que a este último se le hubiera podido notificar porque había muerto.

El mandamiento se notificó a Rodríguez, quien ha venido actuando en el juicio por medio de su apoderado, doctor Simcón Loaiza, quien ante el Juez del conocimiento presentó, el 21 de septiembre de 1935, el siguiente memorial de excepciones:

"En mi carácter de apoderado del señor Milciades Rodríguez, vecino de Cartagena, en el juicio ejecutivo que por pesos se sigue en ese Juzgado, manifiesto a usted que propongo las siguientes excepciones:

"1ª Ineficacia jurídica de los documentos que han servido de recaudo ejecutivo;

"2ª Inexistencia de la obligación; y

"3ª Carencia de acción.

"Espero que el señor Juez le dé curso a las excepciones propuestas, las cuales fundamentaré, llegado el caso, ante la Corte Suprema de Justicia".

De conformidad con el artículo 36 del Código Judicial, se ordenó la remisión del negocio a la Corte (Sala de Negocios Generales) para que conociera del incidente de excepciones. Habiéndose éste tramitado legalmente ya, se procede a resolver, para lo cual se tiene en cuenta:

Aunque no fue enunciado en el memorial de excepciones hecho alguno que tendiera a destruír la acción del ejecutante, el negocio se abrió a prueba, y en el término respectivo se pidió que por la Contraloría se expidiera copia de las constancias sobre las diligencias hechas hasta el 31 de octubre de 1927, para notificar al señor Alejo Moreno o a sus herederos o fiadores, el auto de fenecimiento con alcance, que es el Nº 90 de 16 de mayo de 1927. El Contralor certifica que se hicieron algunas diligencias con el fin de notificar a dos de los herederos de Alejo Moreno, pero que no hay constancia de que se les hubiera hecho la notificación.

El auto en mención no fue notificado personalmente al directo responsable, señor Moreno, porque había fallecido el 2 de mayo de 1924; y por esto, después de algunas gestiones hechas por la Contraloría para la notificación personal, se optó por hacerla por la publicación en el Diario Oficial.

Al descorrer el traslado que se le confirió para alegar, el señor Procurador pide que se declaren probadas las excepciones propuestas, alegando la razón de que no habiéndose notificado personalmente el fenecimiento con alcance, la notificación que se hizo por la publicación desde el primer momento en el Diario Oficial no es eficaz porque ésa no era la forma indicada de hacerla. De esto deduce, como consecuencia, que tal providencia no quedó ejecutoriada.

Se apoya el señor Procurador en la Resolución Nº 86 de 17 de agosto de 1928, emanada de la Contraloría, Resolución que dispone en su artículo 1º que los juicios de cuentas que contengan alcance se notificarán personalmente al responsable, o a su apoderado; y el artículo 4º de ella, que establece que si el responsable ha fallecido, la notificación se hará a sus herederos, o al

curador de la herencia yacente, sin perjuicio de hacerla a sus fiadores, llegado el caso; y que si hubiere fiadores, y se hubieren constituído solidariamente, bastará notificar a uno de ellos.

Como la Resolución Nº 86 de 17 de agosto de 1928 es posterior a la notificación que se hizo por el Diario Oficial el 31 de octubre de 1927, y no es, por tanto, ella la que debe tenerse en cuenta, es necesario ver si al fiador señor Rodríguez sí le fue notificado legalmente o no la providencia de fenecimiento con alcance, atendiendo a las disposiciones que regían cuando se publicó el edicto. Para ello se considera:

La ley 42 de 1923, que creó el Departamento de Contraloría, por su artículo 81 derogó, entre otras disposiciones, las del Código Fiscal contenidas en los artículo 333 a 409, referentes al juicio de cuentas; pero esa derogación se hizo, según la exposición de motivos acompañada por la Comisión de Consejeros Financieros al proyecto originario de la dicha ley 42, no porque se consideraran innecesarios, sino porque estimó que ellas deberían ser objeto de reglamentación más bien que de leyes.

El artículo 7º de esa ley 42 dispone que las decisiones del Contralor son apelables para ante el Consejo de Estado; y el inciso segundo del artículo 8º ordena que "las entidades que deben conocer de estas apelaciones las sustanciarán y fallarán de acuerdo con el procedimiento que actualmente rige para los juicios de cuentas que se ventilan ante la Corte del ramo".

Más tarde, por la ley 109 del propio año de 1923, se ordenó en el artículo 20:

"Desde la sanción de la presente ley, el Consejo de Estado Pleno conocerá de las apelaciones a que se refiere el artículo 7º de la ley 42 de 1923, sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría.

"El Consejo Pleno acordará el procedimiento que debe seguirse para conocer de estas apelaciones, mientras se dicta la correspondiente ley,..."

En uso de esta atribución, el Consejo de Estado profirió el Acuerdo Nº 1º de 23 de junio de 1926, por el cual se reglamentó el procedimiento que debería seguirse en las apelaciones que se surtieran ante él. Pero este procedimiento se hizo extensivo también a la primera instancia de los juicios de cuentas que se adelantaran en la Contraloría, en virtud del artículo 23 del mencionado Acuerdo, que dice:

"El presente Acuerdo regirá para la Contraloría desde que se le comunique; y para los demás efectos, después de su publicación en el Diario Oficial".

De modo que dicho Acuerdo se profirió para que se cumpliera por el Consejo de Estado cuando conociera por apelación de los juicios de cuentas, sino también para que se aplicara por la Contraloría en las providencias proferidas por ella.

El artículo 13 de ese Acuerdo dispone que los autos que dicte el Consejo en los juicios de cuentas, cuando contienen multas o alcances, deben ser notificados personalmente al responsable para que surtan sus efectos. Pero establece también dicho Acuerdo:

"Artículo 15. Si el responsable reside fuéra de la capital, pero dentro del territorio nacional, la notificación se le hará por conducto de las autoridades del lugar de su residencia.

"Artículo 17. En caso de fallecimiento del responsable, la notificación se hará a uno de sus herederos o albaceas o al curador de la herencia yacente, sin perjuicio de hacerla a los fiadores, llegado el caso.

"Artículo 19. Cuando por otras causas no se encuentre al responsable, la notificación se hará a su fiador o fiadores, si los tuviere.

"Artículo 20. En los casos de responsabilidad solidaria, basta la notificación a uno solo de los responsables para que se entienda surtida respecto de los otros.

"Artículo 21. Cuando no pudiere hacerse la notificación personal de algún auto o sentencia al responsable o sus fiadores por ignorarse su paradero, pasados quince días de la fecha de la providencia respectiva, ésta se notificará por edicto en la forma ordinaria, y copia de él se publicará en el Diario Oficial".

Atendiendo a los términos claros de esta última disposición, no habiendo sido encontrados ni el directamente responsable, ni los fiadores, la notificación realizada por medio del edicto publicado en el Diario Oficial constituye la que exige la ley para el caso de ignorarse el paradero de los responsables. No era, pues, indispensable la notificación personal de la providencia al directamente responsable para que se tuviera por notificada a sus fiadores. Además, la publicación del edicto en el periódico oficial no fue hecha desde el primer momento, sino cuando ya se habían realizado varias gestiones para notificarla personalmente y cuando ya había transcurrido con mucho el término de quince días exigido por el artículo 21 copiado.

Por otra parte, al señor Rodríguez se le notificó el mandamiento ejecutivo el 31 de julio de 1933; y en escrito de 1º de agosto siguiente pidió reposición del auto y en sub-

sidio interpuso apelación. (Fs. 77 y 78, C. 1º).

Las razones que alegó Rodríguez para sustentar el recurso de reposición fueron especialmente las de que la providencia Nº 90 de 16 de mayo de 1927 no prestaba mérito ejecutivo por no haber sido notificada personalmente al señor Alejo Moreno, y que, en consecuencia, no constituía un alcance líquido contra Moreno y menos contra sus fiadores.

Por auto de 12 de septiembre de 1933 (fs. 79 vs. a 82), el Juez del conocimiento negó la reposición y aplazó la resolución sobre el recurso de apelación hasta que se notificara el auto de ejecución a los herederos de Gulfo; pero el apoderado de Rodríguez desistió del recurso de alzada (fs. 87), desistimiento que se decretó por auto de 5 de octubre de 1933.

Como el mismo apoderado había pedido en memorial de 21 de septiembre del expresado año (fs. 88) que se repusiera el auto de 12 de ese mes (fs. 79 vs. y 82), por el cual declaró el Juzgado que no accedía a revisar ni a revocar el auto de mandamiento ejecutivo, y además había pedido también que se declarara nulo dicho mandamiento, el juez, en providencia de 29 del mismo mes (fs. 83 vs. a 86) negó esas peticiones.

Esta providencia fue apelada por el apoderado de Rodríguez, y el Juez la concedió por auto de 14 de octubre de 1933; y la Corte la confirmó por providencia de 16 de abril de 1934 (fs. 9 a 12 del C. 2º). En ese proveído dijo la Corte que no prosperaba la acción de nulidad fundada en el artículo 451 del Código Judicial y en el 1434 del Código Civil, porque contra Rodríguez no se procedía a título de heredero de Moreno, sino como fiador de éste; y que la pretensión del apoderado de Rodríguez, de que "el título ejecutivo contra Moreno no da acción ejecutiva contra Rodríguez, porque consistiendo, como consiste, en un auto de fenecimiento por el cual se dedujo un alcance, y habiendo sido dicho auto después de la muerte del señor Moreno, este proveído no ha debido notificarse como se notificó", en la forma que indican las disposiciones que se dejan copiadas, no podía prosperar.

La Corte sustentó su auto en la forma siguiente:

"Como se ve, la nulidad de la ejecución pretende deducirse indirectamente de deficiencias del título que sirve de base a la ejecución y no es aplicable entonces la doctrina del artículo 451 —ordinal 5º— del C. J., que contempla el caso de una ejecución seguida, no por deficiencia del título, sino después de la muerte del deudor y contra los herederos de éste y antes de la notificación de que habla el artículo 1434 del Código Civil, nada de lo cual ocurre aquí; porque el juicio se adelanta no contra un heredero sino contra el fiador solidario de una persona principalmente obligada, como queda expuesto en otro lugar.

"Las irregularidades del título ejecutivo habrían podido servir para fundar la revocatoria del auto de mandamiento de pago;..."

Con estas bases, las excepciones que se propusieron han debido fundarse en hechos de los cuales pudiera deducirse la razón que invocaba el excepcionante para atacar la eficacia del título que sirvió de recaudo ejecutivo, porque el mandamiento de pago quedó firme por su propia manifestación de desistimiento de la apelación que interpuso contra el auto que negaba la revisión y revocación del proveído, como queda expresado. Y solamente con la alegación de hechos que se hubieran comprobado habría podido demostrarse la razón del excepcionante para combatir y destruír la eficacia del título ejecutivo, porque las excepciones en este juicio, que es especial, deben consistir en hechos en virtud de los cuales las leyes desconocen la obligación o la declaran extinguida; de donde se desprende que el deudor debe preocuparse por formular los hechos antes que dar denominación jurídica a las excepciones. Lo contrario se prestaría a sorpresas, pues la contraparte ignoraría la manera como con el escrito de excepciones venía a quedar fijado el campo del litigio, pues son los hechos los que determinan éste. Tanto más razonable es esta exigencia, cuanto que el juicio ejecutivo se funda en una obligación expresa, clara y exigible.

Si en el escrito de excepciones en el juicio ejecutivo no se enuncian hechos que vayan a destruír el derecho del ejecutante, el asunto quedaría, al trabarse la litis, como de puro derecho, y el juzgador debería entrar a decidir, rastreando los motivos o fundamentos de hecho de la excepción, cosa que no se aviene con la naturaleza de dicho juicio, en el cual, una vez ejecutoriado el auto de mandamiento de pago, se supone legalmente cierto y eficaz el derecho del ejecutante. Por eso dispone el artículo 1025 del Código Judicial "que si hay hechos que probar, se abre a prueba el incidente" de excepciones, lo que quiere decir que los hechos que habrán de probarse serán aquellos que se han enunciado como base de la excepción.

Mientras en el juicio ordinario, aunque no se hayan propuesto ni alegado excepciones perentorias, el Juez debe reconocerlas siempre que encuentre comprobados los hechos

que las constituyen, a menos que sea obligatorio alegarlas o proponerlas, como pasa con la de prescripción, según el artículo 343 del Código Judicial, en el juicio ejecutivo, que es de naturaleza especial, no puede suceder esto, porque la eficacia de la excepción dependerá de la oportunidad en que se haya propuesto y de los hechos en que se apoye y hasta de la forma en que se presente, sin que el Juzgador pueda, de oficio, declarar ninguna excepción, pues a este juicio no le es aplicable la disposición general del artículo 343 mencionado, ya que la materia de las excepciones en él está íntegramente reglamentada en las disposiciones especiales que lo rigen.

Por consiguiente, en el juicio ejecutivo la excepción es infundada cuando carece de los fundamentos que son causa o motivo de la enervación de la acción, esto es, de las bases de hecho que destruyen o debilitan el derecho del ejecutante. En el caso discutido no puede tenerse por legalmente propuestas las excepciones, porque en el juicio ejecutivo no puede considerarse que la excepción se propuso legalmente mientras no se enuncien los hechos que le sirven de basamento, los cuales pueden ser aceptados por el ejecutante durante el traslado del escrito en que se aducen, o pueden ser negados para que se prueben por el que excepciona. De modo que en el incidente de excepciones en el juicio ejecutivo hay que aceptar que se cumple el fenómeno jurídico denominado de la litis contestación, porque si el ejecutante acepta todos los en que se apoya la excepción, y esos hechos son bastantes a destruir la acción, el punto queda como de puro derecho, y el excepcionante está relevado de la obligación de probar.

Ahora: aunque se aceptase que no es necesaria la enunciación de los hechos al proponerse una excepción en juicio ejecutivo, y que las pruebas que se adujeran durante el incidente sobre hechos no propuestos ni alegados sí deben ser consideradas al decidir, en el presente caso, si es cierto que el apoderado de Rodríguez adujo algunas pruebas, no son ellas suficientes para destruir la acción, por estas razones: porque en atención a los mandatos legales transcritos sobre el modo como debe hacerse una notificación al directamente responsable en un juicio de cuentas o a sus fiadores, la notificación a Rodríguez —fiador solidario— se surtió de conformidad con esos mandatos; y porque aunque existan en el expediente otras probanzas recogidas por el funcionario del conocimiento y algunas alegaciones del excepcionante, hay que tener en cuenta que en los juicios ejecutivos no conducen a comprobar excepción perentoria los argumentos y pruebas que se hayan aducido contra el mandamiento de pago, pues si sucediera lo contrario, se tendría que el juzgador debería rastrear de oficio en esos argumentos y pruebas cuando se propusieran excepciones legalmente. Y si eso no puede suceder cuando la excepción se establece en la forma que la ley exige, mucho menos cuando no ocurre eso, como en el caso sometido a estudio, y máxime cuando el ejecutado, por el desistimiento del recurso de alzada, aceptó la eficacia del título ejecutivo.

En consecuencia de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con el señor Procurador, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara infundadas las excepciones propuestas en este juicio y ordena que siga adelante la ejecución.

Se condena en costas al excepcionante. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese 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.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo siete de mil novecientos treinta y seis.

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

El señor Ramón V. Molina demandó ante el Tribunal Superior de Medellín, por la vía ordinaria, el reconocimiento de una pensión de jubilación a cargo de la Nación, por la suma de $ 22.50 mensuales, por sus servicios como empleado civil, de acuerdo con la ley 29 de 1905. El Tribunal, en sentencia de 26 de agosto de 1935, negó la gracia pedida. El fallo fue apelado por el actor y el recurso se la concedió en el efecto suspensivo para ante esta superioridad.

Como la tramitación propia de la segunda instancia está terminada, sin que se observen causales de nulidad, se procede a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Durante el término respectivo se practicaron varias pruebas, a petición del doctor Víctor Cock, apoderado del actor, y tanto aquél como el señor Procurador General de la Nación alegaron en la debida oportunidad. El señor Procurador solicita que se revoque el fallo de primera instancia y que se conceda la gracia solicitada.

El Tribunal apoyó su fallo adverso a la demanda en las siguientes razones:

"Para probar la condición de tiempo que exige el artículo 2º de la ley en referencia, presentó el actor varios comprobantes de los cuales se deduce prestación de servicios públicos por treinta y tres años, diez meses y catorce días.

"Siguiendo la doctrina sentada por la Corte en sentencias de 5 de noviembre de 1924 (XXXI—130, 1ª) y de 22 de febrero de 1935, sobre aceptación para el cómputo del tiempo de todo empleo notoriamente oficial, sea nacional, departamental o municipal, se procede a averiguar si está probada la condición de los treinta años de servicio que exige el artículo 2º, ley 29 de 1905.

"Y como norma de criterio en la apreciación de la prueba, se recuerda que la Corte tiene establecido de manera constante y uniforme que los decretos de nombramientos y diligencias de posesión, si bien son pruebas auxiliares, no demuestran por sí solos el tiempo de servicio, ya que una persona puede ser nombrada para un puesto determinado y no llegar a ejercerlo nunca, o bien después de posesionada renunciarlo o solicitar licencia y que por eso la prueba más adecuada en estos casos es la certificación de los funcionarios ante quienes se haya tomado posesión, pues éstos sí pueden, con vista de los libros correspondientes, dar fe de la fecha en que el respectivo individuo entró a ejercer el puesto y de aquella en que se haya separado de él por licencia o renuncia, y que "comprobada la falta de los libros de posesión puede recurrirse a otras pruebas supletorias, tales como certificaciones procedentes de las oficinas donde se haya efectuado el pago de los sueldos, etc. Y si se ha acreditado en debida forma la falta de toda clase de pruebas escritas, puede recurrirse a la prueba testimonial, todo de conformidad con lo establecido en los artículos 682 y 683 del C. J." (Sentencia de la Corte, Sala de Negocios Generales, septiembre 17 de 1929).

"Este Tribunal sólo halla la plena prueba de los períodos de desempeño de los siguientes empleos:

	Años.	Meses.	Días
"Secretario del Juzgado 2º del Circuito Criminal de Medellín, en los años de 1887 a 1892 (fs. 2 y 23 vuelto)..	5	10	
"Secretario del Juzgado 1º Superior de este Departamento Judicial en los años de 1889 a 1900 (fs. 2 y 24)	1	8	23
"Oficial escribiente de la Fiscalía de este Tribunal Superior, en los años de 1903 a 1904 (fs. 2 y 22)..	3	1	
"Oficial escribiente de la Sección 3ª de la Secretaría de Gobierno, en los años de 1885 a 1887 (fo. 3).....	2		
"Secretario de la Alcaldía de Itagüí, en los años de 1915 a 1917 (fos. 4 v., 20 y 21)	3		
"Secretario de la Alcaldía de Don Matías, en el año de 1913 (fo. 5)		3	11
"Secretario de la Alcaldía del Retiro, en los años de 1912 a 1913 (fo. 27)		10	11
"Portero del Juzgado del Circuito de Girardota, en el año de 1933 (fo. 6)		2	7
"Lo que da un total de..	16	11	22

"En cuanto a la comprobación de los tres primeros períodos y al de tres años como Secretario de la Alcaldía de Itagüí, ellos deben aceptarse como bien probados, ya que a las correspondientes pruebas supletorias acompañadas, les dan completa validez los certificados de los empleados respectivos, quienes afirman que en los archivos de las oficinas a su cargo no aparecen las constancias de donde pudieran tomarse las certificaciones para formar las pruebas principales.

"No pasa lo mismo en cuanto a los demás períodos de los otros empleos que desempeñó el interesado, como puede comprobarse por las deficiencias que en detalle se anotan para cada uno:

Los ocho años y diez meses que en total afirma haber servido en los siguientes empleos municipales, así: Oficial escribiente del Juzgado 1º Municipal de Medellín, 7 meses en 1881, 11 meses en 1882, 4 meses en 1883 y 8 meses en 1884; Secretario y Oficial escribiente en las Inspecciones de Policía: Loreto, 3 meses en 1905; Norte, 9 meses en 1906; de Oriente, 5 meses en 1907, y 5 meses en 1908; Poblado, 3 meses en 1910, y Prado, 2 meses en 1911, y Agente de Policía con funciones de Oficial escribiente, 1 mes en 1919, y 4 años de 1920 a 1923, tienen como comprobante el certificado del Archivero Municipal tomado de los duplicados autenticados de cuentas (fº 1), prueba esta supletoria, que sólo podría tenerse como válida, a falta de los certificados de los funcionarios ante quienes tomó posesión, que se echan de menos, si se hubiera comprobado la no existencia de los originales respectivos.

"Los seis años y veintidós días que dice haber estado desempeñando la Secretaría del Juzgado 5º en lo Criminal de este Circuito, (1893 a 1899), sólo tienen como prueba el certificado del Administrador P. de Hacienda Nacional, (fs. 2), pero, para que éste pueda recibirse como prueba, ha debido acreditarse la imposibilidad de obtener la copia autenticada de las respectivas posesiones con la certificación del tiempo de servicio.

"Para comprobar sus servicios de un año como Secretario de la Alcaldía de Heliconia en 1919, y un año como Oficial escribiente en la de Bello (1926), acompañó: certificado del Tribunal de Cuentas (fs. 4), y además, para el primero de estos empleos, copia de la posesión como Secretario de la Alcaldía y del Concejo, pero nada se dice respecto al nombramiento, a pesar de que en el respectivo exhorto así se pide, y para el segundo, las copias de nombramiento y posesión. Pero nada consta respecto a los tiempos de servicio del señor Molina en los dos empleos mencionados, por lo cual para el tiempo que estuvo desempeñándolos, se hace el mismo reparo que para el caso anterior.

"Descontando, pues, del total dicho al principio, treinta y tres años, diez meses y catorce días, la suma de los períodos rechazados por falta de pruebas completas, diez y seis años, diez meses y veintidós días, tenemos, tiempo legalmente comprobado, diez y seis años, once meses y veintidós días, lo que quiere decir que, para completar los treinta años, faltan trece años y ocho días".

En su vista de fecha 24 de octubre de 1935, el señor Procurador se expresó así:

"Con posterioridad a la sentencia del Tribunal, el demandante trajo a los autos un certificado del Juez 2º del Circuito en lo Criminal de Medellín, con el cual se establece la imposibilidad de obtener la copia auténtica de las respectivas posesiones y decretos de nombramientos de los 6 años y 22 días que dice haber estado desempeñando la Secretaría del Juzgado 5º en lo Criminal del Circuito mencionado; por consiguiente, es el caso de considerar que el certificado del Administrador de Hacienda Nacional que se acompañó, debe admitirse como prueba de este servicio, y entonces quedarían debidamente comprobados veintitrés años y catorce días de servicio".

El certificado a que alude el señor Procurador fue ratificado durante el término de prueba de la segunda instancia.

También se trajo a los autos un certificado relativo a los servicios prestados por el demandante en Inspecciones y Juzgados Municipales de Medellín, por más de ocho años. En ese documento dice el archivero municipal de Medellín que hay constancia escrita de que el señor Ramón V. Molina sirvió por más de ocho años en Inspecciones y Juzgados Municipales; pero que por lo crecido del archivo y haberle movido de un local a otro, no han podido hallarse los libros de decretos y diligencias de posesión referentes a los empleos subalternos que ejerció el señor Molina.

Con las nuevas pruebas presentadas se ha llenado la deficiencia que motivó el fallo del Tribunal en lo relativo al tiempo de servicios. Se ha acreditado que éstos pasan de treinta años, y por tanto, se ha llenado el requisito exigido por el artículo 2º de la ley 29 de 1905.

El artículo 3º de la ley citada dice que para gozar de pensión por el desempeño de empleos civiles, los interesados deben comprobar lo siguiente: 1º Que en los desti-

nos que han desempeñado se han conducido con honradez y consagración; 2º Que carecen de medios de subsistencia; 3º Que no han recibido pensión o recompensa ni están en el goce de ella; 4º Que observan buena conducta; 5º Que han cumplido sesenta años; y 6º Que como empleados de manejo están a paz y salvo con el Tesoro Nacional. Las pruebas, conforme al artículo referido, deben consistir en documentos auténticos y declaraciones de cinco testigos idóneos recibidas ante un Juez de Circuito, con citación del respectivo Agente del Ministerio Público.

El actor acompañó a su demanda las declaraciones de los testigos Vitalino de los Ríos, Roberto Luis Quintana, Miguel Uribe Gómez, Pastor Prieto y Antonio J. Mejía V., rendidas ante el señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, con intervención del señor Fiscal del Tribunal Superior. Los declarantes dicen que el señor Ramón V. Molina en el desempeño de los empleos públicos se ha conducido siempre en todos sus actos con la mayor corrección y que ha observado una conducta intachable: que es un anciano incapacitado para el trabajo; que es muy pobre y que carece de los recursos necesarios para atender a su subsistencia, y que no ha disfrutado ni disfruta de pensión, jubilación o recompensa del Tesoro público. Estas declaraciones fueron ratificadas ante el Tribunal durante el término de prueba.

También figura en autos una copia de la partida de bautismo, expedida por el señor Cura de la Catedral de Medellín, de la cual se desprende que el señor Molina tiene más de sesenta años, pues nació el 15 de julio de 1858.

El Administrador P. de Hacienda Nacional de Antioquia certifica que el señor Ramón V. Molina no fue gravado con impuesto sobre la renta y que está a paz y salvo con el Tesoro Nacional, por dicho concepto. En certificado de la misma oficina, expedido el 24 de mayo de 1935, consta que el último sueldo devengado fue de $ 45 mensuales y que el peticionario no disfruta de pensión.

Con las pruebas mencionadas se han llenado los requisitos exigidos por la ley 29 de 1905 en su artículo 3º, y es por tanto, el caso de revocar el fallo de primera instancia para decretar la pensión solicitada, cuya cuantía debe ser la de $ 22.50, o sea, la mitad del último sueldo devengado, de conformidad con el artículo 2º de la ley citada.

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, revoca la sentencia apelada y en su lugar resuelve:

Condénase a la Nación a pagar al señor Ramón V. Molina, vecino de Medellín, una pensión de jubilación de veintidós pesos con cincuenta centavos ($ 22.50) mensuales, desde el día veintiocho de marzo de mil novecientos treinta y cinco, fecha de la presentación de la demanda.

Esta pensión queda sujeta a las condiciones de suspensión y pérdida establecidas por las leyes.

Copia de esta sentencia será enviara al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

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

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

ACUMULACION EN JUICIOS EJECUTIVOS

De los términos en que está concebido el artículo 1071 del C. J., la acumulación de un nuevo juicio ejecutivo equivale al auto de admisión de una tercería. La doctrina que interpreta las disposiciones del Código Judicial en el sentido de fijar en los Tribunales Superiores la competencia para conocer del incidente de acumulación de juicios ejecutivos en casos seguidos ante dos jurisdicciones distintas es, además de lógica, muy conveniente para la administración de justicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo doce de mil novecientos treinta y seis.

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

En auto de fecha 26 de septiembre de 1935, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resolvió lo siguiente:

"En atención a lo expuesto, el Tribunal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, decreta la acumulación del juicio ejecutivo que adelanta el Juzgado de Ejecuciones Fiscales del Departamento de Cundinamarca a nombre del Municipio de Funza contra el señor Alfredo Escobar, al de igual naturaleza seguido por Alberto Camero contra el mismo Escobar, debiendo seguir el primero como tercería y el último como principal".

El ejecutante señor Alberto Camero apeló del auto y el recurso le fue concedido en el efecto suspensivo para ante esta superioridad. Agotada la tramitación legal correspondiente, se pasa a decidir el negocio, previas las siguientes consideraciones:

El señor Juez de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca remitió al Tribunal el juicio que por jurisdicción coactiva adelanta a nombre del Municipio de Funza contra el señor Alfredo Escobar y el que adelanta el Juez Municipal de aquel distrito contra el citado Escobar, para que se decretara la acumulación. Este último juicio lo obtuvo el Juzgado de Ejecuciones en virtud de reclamo que de él hizo para que fuera acumulado al que cursa en la citada oficina.

El señor Procurador General de la Nación solicitó la revocatoria de la providencia apelada, por considerar que el Tribunal Superior de Bogotá carece de jurisdicción para decretar la acumulación referida.

La Sala no participa de la opinión del señor Procurador, por estas razones:

Los Tribunales Superiores son competentes para conocer del incidente de excepciones y de tercerías en los juicios ejecutivos que adelantan los Jueces de Ejecuciones Fiscales de los Departamentos, investidos de jurisdicción coactiva, conforme al numeral 3º del artículo 76 del C. J.

Es verdad que esta disposición no habla de acumulaciones; pero en los términos en que está concebido el artículo 1071 del C. J., la acumulación de un nuevo juicio equivale al auto de admisión de una tercería.

Esta ha sido la doctrina de la Corte y la que se ha seguido en los Tribunales, sin que la Sala halle motivos para variarla. En sentencia de fecha 11 de febrero de 1925, dictada cuando regían disposiciones similares a las que están hoy en vigencia, la Corte declaró que el Tribunal Superior tenía competencia para conocer de la acumulación, y dijo lo siguiente:

"Cuando se decreta la acumulación de dos juicios ejecutivos iniciados por los respectivos acreedores contra un mismo deudor, si uno de ellos se sigue por jurisdicción coactiva, el otro queda convertido en tercería coadyuvante". (J. de la C., tomo III, Nº 119).

Se trata de juicios seguidos ante dos jurisdicciones distintas, la ordinaria y la coactiva. Habría —por tanto— dificultades de orden legal para adelantar los juicios, ya que ninguno de los funcionarios que conocen de ellos tiene competencia para decidir asuntos que la ley ha puesto bajo el mandato de otra jurisdicción. Por esta razón, la doctrina que interpreta las disposiciones del Código Judicial en el sentido de fijar en los Tribunales Superiores la competencia para conocer del incidente de acumulación de juicios ejecutivos en casos como el presente, es, además de lógica, muy conveniente para la administración de justicia.

El auto apelado se ajusta a las prescripciones legales que reglamentan la materia y por consiguiente debe ser confirmado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA A LA NACION PARA QUE PAGUE UNA SUMA DE DINERO POR INTERESES MORATORIOS

La Sala consideró que para condenar a intereses en el caso de perjuicios es preciso que éstos se encuentren liquidados por sentencia o convención. No hay intereses de perjuicios, cuando el monto de éstos no se ha fijado y señalado la fecha del pago. No hay perjuicios de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, abril dos de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El juicio que ante la Sala Civil de Unica Instancia promovió la señora Adelina Arzayús de Peter, mayor y vecina de Bogotá, contra la Nación, y que se va a decidir por el presente fallo, tiene los siguientes fundamentos de hecho:

1º Fuerzas del Gobierno ocuparon en la guerra civil última una casa ubicada en el municipio de La Mesa, que era de propiedad del señor Pedro José Chacón. (Fs. 20, C. 2º).

2º Los señores Isaac Arzayús y Nepomuceno F. Rey, dueños de la casa (en virtud de compra y transacción, según dijeron), solicitaron del Ministerio de Guerra en 5 de mayo de 1905, que se les entregara la casa en buen estado y se les ordenara pagar el valor de los arrendamientos. (Fs. 20, C. 2º).

3º Como al Ministerio expresado no le correspondía conocer de los reclamos sobre indemnizaciones por servicios voluntarios o forzosos prestados por los particulares en el tiempo anormal de la guerra, sino que le competía reconocerlos para el tiempo de paz, o sea desde el 1º de junio de 1903 en adelante, en Resolución de 23 de junio de 1905, dijo: "Por medio de contrato reconózcanse los arrendamientos de tiempo de paz y además fíjese en el contrato la cantidad que a juicio de dos peritos nombrados por cada una de las partes, sea necesaria para reparar la casa". (Fs. 2, C. 1º).

4º Posesionados los peritos, avaluaron los arrendamientos a cuarenta pesos ($ 40.-00) mensuales, y estimaron los gastos para las reparaciones de la casa en la suma de dos mil novecientos veinticuatro pesos ($2,-924.00). (Fs. 2, 3 y 4, C. 1º).

5º Conocida esta apreciación por el Ministro de Guerra, con fecha 14 de julio de 1905, profirió el siguiente auto: "En vista del anterior avalúo, el Ministerio modifica la resolución de 23 de junio último en el sentido de que no se fije en el contrato la cantidad para las reparaciones, sino que se formule una cláusula en la cual el gobierno se compromete a devolver la casa en buen estado, dando cuenta para ese efecto al Ministerio de Obras Públicas". (Fs. 4, C. 1º).

6º Sobre estas bases se firmó entre el Gobierno y los señores Arzayús y Rey (que obraban —dijeron— "en representación de sus respectivas esposas"), el 5 de agosto de 1905, un contrato en que el primero se comprometió a pagar a los segundos cuarenta pesos ($ 40.00) mensuales de arrendamiento, y además a entregarles la casa en buen estado, obligación que se cumpliría por conducto del Ministerio de Obras Públicas. El contrato requería la aprobación del Consejo de Ministros. (Fs. 22 vs., C. 2º).

7º Estudiado el contrato, esta corporación dispuso en 27 de noviembre de 1905 "que se pagara el servicio prestado conforme a las disposiciones vigentes: es decir, hasta el 31 de diciembre último, en pagarés del Tesoro, y el resto desde la fecha citada en adelante, en dinero, o sea en papel moneda". (Fs. 23 vs., C. 2º). El servicio de que habló el Consejo de Ministros es el que estimó de arrendamientos de la casa desde el 1º de junio de 1905, hasta la entrega de ella.

8º Atendiendo al dictamen del Consejo de Ministros, el Ministro de Guerra y los señores Arzayús y Rey dichos (obrando —dijeron— "en representación de sus legítimas esposas Adelina Chacón de Arzayús y Ester Chacón de Rey"), firmaron el 16 de diciembre de 1905 un contrato en que se estableció lo siguiente: "El arrendata-

rio, para dar cumplimiento a lo anterior, reconoce a los arrendadores, desde el 1º de junio de 1903, hasta el día en que sea desocupada, el valor de los arrendamientos de la casa de propiedad de éstos, ubicada en La Mesa, y ocupada por fuerzas del Gobierno, a razón de cuarenta pesos ($ 40.00) oro mensuales, conforme a las leyes de cambio vigentes.—2º El pago se hará así: desde el 1º de junio de 1903 hasta el 31 de diciembre de 1904 —vigencia prorrogada hasta el 31 de diciembre de 1905— en pagarés del Tesoro, mediante las formalidades del caso; desde el 1º de enero de 1905, hasta el día en que sea desocupada la casa, en órdenes de pago trimestrales, previa presentación de las respectivas cuentas de cobro.—Los arrendadores, declaran por su parte, que en virtud del presente contrato, el Gobierno queda a paz y salvo con ellos, y, por tanto, hacen renuncia de ulterior reclamación, o de cualquiera otra que tengan pendiente, por sí o por interpuesta persona, respecto de la ocupación de la casa en cuestión". (Fs. 5, C. 1º).

9º A este contrato se le puso la siguiente nota de cesión, firmada el 4 de septiembre de 1931 por los señores Arzayús y Rey: "Cedemos, endosamos y traspasamos a la señora Adelina Arzayús Chacón de Peter todos los derechos y acciones del documento anterior, provenientes de los arrendamientos y deterioros de una casa en La Mesa, contrato celebrado con el Ministerio de Guerra, en donde se hicieron los avalúos de los deterioros y se ha venido recavando el pago. Queda, en consecuencia, dueña de este crédito y de las acciones que de él se desprenden, salvando nuestra responsabilidad". (Fs. 8, C. 1º).

10º En la sesión correspondiente al 4 de octubre de 1932, la Comisión de Presupuestos, atendiendo "la solicitud hecha por la señora Adelina Arzayús de Peter para que se le pague una suma que se le adeuda por concepto de arrendamientos", votó la siguiente proposición: "Apruébase el crédito adicional correspondiente para pagar a los interesados el valor de los arrendamientos y deterioros de una casa ocupada por la Nación en la población de La Mesa, según consta en el contrato de 16 de noviembre (sic) de 1905 del Ministerio de Guerra". (Fs. 5, C. 2º).

11. Posteriormente, el Ministerio de Guerra profirió la Resolución Nº 344 de 28 de mayo de 1934, que dice en lo pertinente: "Considerando: Que la señora Adelina Arzayús de Peter, en su carácter de cesionaria de un crédito proveniente del valor de arrendamientos y deméritos de una casa situada en el municipio de La Mesa, la que fue ocupada por algunas unidades del Ejército durante los años de 1903 a 1907, reclama el pago de las sumas de $ 1,320.00 y $ 2,924.00, valor de los cánones correspondientes a los años de 1905, 1906 y 1907, y el valor de los deméritos causados por las tropas en dicha localidad..., Resuelve: Con cargo a la partida especial del Capítulo 34, Artículo 119 de la ley de Apropiaciones de la vigencia actual, de que trata el Decreto Nº 639 (marzo 13), páguese a la señora Adelina Arzayús de Peter, por conducto del Departamento de Control de este Ministerio, el valor de los arrendamientos y deméritos de la casa que ocuparon las fuerzas militares del Gobierno durante los años de 1905 a 1907 en el municipio de La Mesa, o sea la suma total de cuatro mil doscientos cuarenta y cuatro pesos ($ 4,244)". (Fs. 1 vs., C. 1º).

12. El Contralor General de la República certificó, a petición de dicha señora: "Según aparece en la orden Nº 122/7479 expedida por el Ministerio de Guerra, fue pagada por el Tesorero General de la República la cantidad de $ 4,244.00, moneda corriente, valor de la expresada orden.—Primero de agosto de 1934". (Fs. 4 vs., C. 1º).

13. El Ministro de Guerra certificó el 27 de septiembre de 1935 lo siguiente: "Que, aparte de haber expedido la orden de pago definitiva Nº 122 de 30 de mayo de 1934, por valor de $ 4,244.00 y a favor de la señora Adelina Arzayús de Peter, como consecuencia o en cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución Nº 344 de 28 de dicho mes y año, después de haberse verificado el pago de la citada orden, el Ministerio de Guerra no ha dictado ninguna otra disposición ni tomado providencia de naturaleza alguna con respecto á l reclamo presentado por la señora de Peter, toda vez que la suma reconocida por la citada Resolución 344 y cubierta en la forma indicada, fue exactamente la que demanda la reclamante como pago de los arrendamientos y de los deméritos de una casa que ocupó el Gobierno Nacional en los años de 1905 a 1907 en la población de La Mesa". (Fs. 2 vs., C. 3º).

14. La señora de Peter demandó ante la Sala Civil de Única Instancia de la Corte Suprema a la Nación, en libelo de 13 de junio de 1935, para que con audiencia del señor Procurador se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que la Nación está obligada a pagar a la demandante Adelina Arzayús de Peter, como cesionaria de los derechos de los señores Isaac Arzayús y Nepomuceno Rey, el valor de los perjuicios representados

por los intereses moratorios, por el retardo de la Nación en el pago de la suma fijada como valor de los daños causados en la casa arrendada por los cedentes de la demandante al Gobierno Nacional, en el municipio de La Mesa, en el año de 1905, intereses que empezaron a devengarse desde el día 10 de julio de 1905, hasta el 1º de agosto de 1934, día en que se hizo el pago de la suma en que fueron avaluados dichos daños; y

"Segunda.—Que como consecuencia de la anterior declaración, la Nación está obligada a pagar, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a la demandante Adelina Arzayús de Peter, la suma líquida de cuatro mil quinientos setenta y cuatro pesos ($ 4.574.00), valor de los intereses, al seis por ciento (6%) anual, durante veintinueve (29) años y veinte (20) días, sobre la suma de dos mil novecientos veinticuatro pesos ($ 2,924.00) en que fueron avaluados los perjuicios que el Gobierno Nacional debía pagar a los arrendadores por los deterioros y daños causados en la casa arrendada".

Como base de la acción adujo varios hechos, algunos de los cuales quedan incluídos en la relación anterior; de los demás es pertinente transcribir los que siguen:

"a.—El Gobierno Nacional, por medio de contrato firmado con los señores Isaac Arzayús y Nepomuceno Rey el 16 de diciembre de 1905, debidamente aprobado por el Consejo de Ministros el 25 de enero de 1906, reconoció y ordenó pagar los arrendamientos debidos por ocupación de una casa de propiedad de Adelina y Ester Chacón, esposas de los contratistas, en el municipio de La Mesa. **Este contrato se refiere únicamente al pago de los arrendamientos**". (Subraya la Sala).

"f. El Gobierno Nacional, o sea la Nación me adeuda y no me ha pagado el valor de los perjuicios causados por el retardo en el cumplimiento de sus obligaciones, perjuicios que demando solamente en cuanto a la suma en que fueron avaluados los deterioros y daños ocasionados en la casa arrendada, y no sobre la suma total, por tratarse de una parte de ella, del valor de arrendamientos. La Nación me debe los perjuicios o intereses moratorios desde la fecha del avalúo de dichos perjuicios en la casa, hasta el día en que se hizo el pago de la suma en que fueron avaluados".

"g.—Los señores Isaac Arzayús y Nepomuceno Rey me cedieron, como consta de la nota puesta en el documento original, sus derechos y acciones provenientes del mencionado contrato de arrendamiento, y en virtud de esta cesión, el Ministerio ordenó el pago a mi favor de la suma indicada, y como dueña de todas las acciones que de él se desprenden, ejercito ésta contra la Nación".

Fundó el derecho en los artículos 1613, 1614, 1615, 1996, 1997, 1999 y 2005 del Código Civil, y 40 del Código Judicial.

Previamente se notificó la nota de cesión al señor Procurador, quien contestó después la demanda, oponiéndose a la parte petitoria y pidiendo condenación en costas. Respecto de los hechos transcritos, dijo:

"El hecho a).—Es cierto, en la forma que dice el mencionado documento.

"El hecho f).—Lo niego rotundamente por lo hasta aquí expuesto en esta respuesta, si bien el hecho que contesto es propiamente una cuestión de derecho.

"El hecho g).—Me estoy a lo que consta en la nota de cesión, de acuerdo con todo lo anteriormente expuesto. Por tanto, lo niego, si bien el hecho en sí entraña varias apreciaciones de derecho".

En la contestación hizo además varias consideraciones importantes, de las cuales conviene copiar las siguientes:

"A la demandante tan sólo se pretendió ceder "todos los derechos y acciones del documento anterior" (fs. 6), es decir, el documento firmado el 16 de diciembre de 1905 (fs. 5), el cual únicamente habla de "pago de los arrendamientos de una casa ubicada en La Mesa", en forma alguna aquel documento se refiere a deterioros de la casa; luego el valor de estos deterioros no aparece cedido.

"A la demandante únicamente intentó cedérsele un documento que no habla de deterioros, y el Ministerio de Guerra, en el auto de 14 de julio de 1905 no reconoció suma por deterioros. Además, la cesión del documento carece de los requisitos legales para poder ser aceptada en juicio.

"De aquí que en nombre de la Nación demandada proponga desde ahora las excepciones perentorias de 'falta de acción' y 'falta de personería sustantiva en la demandante'."

El apoderado de la demandante, en el término probatorio pidió se practicaran las pruebas que creyó oportunas para el triunfo de su poderdante.

Lo primero que debe averiguarse al proferirse un fallo es si quien promueve la demanda tiene derecho, o sea personería, para incoarla en su nombre. En el caso actual, el señor Procurador, tanto en la contestación como en su alegación final, sostiene que el valor de los deterioros en la casa no fue cedido; y de esta circunstancia deduce

la ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora.

Evidentemente: en el documento en que se puso la nota de cesión apenas se reconoce un crédito por valor de arrendamientos, cosa que acepta de modo expreso la demandante, como se ve de la parte final del hecho a), en que dijo: "Este contrato se refiere únicamente al pago de los arrendamientos".

Empero, la misma demandante sostiene que en dicha nota se comprendieron los privilegios y accesorios de la cosa cedida; si ello es así, hay que tener en cuenta, no obstante, que el cesionario no puede adquirir, por el hecho de que en la cesión se exprese, mayores derechos de los que le competen al cedente, porque es principio de nuestro derecho que el adquirente únicamente podrá adquirir los derechos que tenga el tradente sobre la cosa. Podría argüírse que, conforme al artículo 1964 del Código Civil, "la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas"; pero en el caso ocurrente los derechos del arrendador a cobrar los perjuicios por los deterioros de la casa arrendada, no es un accesorio, puesto que esto no es una cláusula de garantía del derecho a que se paguen los cánones de arrendamiento reconocidos.

Un accesorio serían los intereses de una deuda; mas aquí se trata, en primer lugar, de la cesión de los derechos y acciones provenientes de deterioros, derechos y acciones que se han estimado por la parte demandante con los correspondientes a las obligaciones del arrendatario, conforme lo expresa el señor abogado de ella en los siguientes apartes de su alegato:

"El arrendatario está obligado a cuidar de la cosa como un buen padre de familia, según el artículo 1997 del C. C., y faltando a esa obligación responde de los perjuicios. El Gobierno ocupó la casa, y correspondiéndole la carga de la prueba, no probó que los deterioros se hubieran causado sin su culpa, y antes bien se declaró responsable, y por esto ordenó el avalúo de dichos deterioros y que fueran reparados para entregar la casa en buen estado. Como los contratos, de conformidad con el artículo 1603, deben ejecutarse de buena fe, estaba obligado a hacer las reparaciones o a pagar la suma de su avalúo al tiempo de la entrega de la casa, pero no hizo ni una cosa ni otra, es decir, faltó a sus obligaciones de arrendatario haciéndose, en consecuencia, responsable de todos los perjuicios que su incumplimiento ocasionó".

"De conformidad con esta nota (la de cesión) —dice en otra parte—, los cedentes traspasaron a mi poderdante los derechos y acciones que provenían del contrato, del cual, sin que en sí se especificaran, surgen los de perjuicios en caso de no entregarse la casa en buen estado, pero aparte de esta cesión implícita, quisieron ceder expresamente los derechos y acciones por los deterioros causados en la casa arrendada".

Se considera: si a los que sufrieron la ocupación de hecho de la casa se les ha considerado como arrendadores, podría decirse que el contrato de arrendamiento no aparece en el juicio, y no existiendo, no puede aceptarse que en él estaban incorporadas las obligaciones legales de que se habla. Si ese contrato no aparece en documento, ¿cómo pueden cederse ciertos derechos provenientes de él, con una nota de cesión en un documento en que sólo se reconoce el valor de unos arrendamientos y en el cual nada se dice sobre el reconocimientos de perjuicios estimados en cantidad determinada, ni siquiera se habla de ellos en abstracto?

Si el contrato de 16 de diciembre de 1965 sólo contiene la obligación, por parte del Gobierno de pagar unos cánones de arrendamiento, pero no la de pagar suma alguna por deterioros o deméritos en la casa —lo que reconoce la demandante en su libelo—, los cedentes no tendrían en aquel contrato derecho alguno que trasmitir por reclamación de deterioros en la casa.

Si ello es así, entregado el documento, se efectuó la cesión del valor de los arrendamientos, de conformidad con el artículo 33 de la ley 57 de 1887. Pero si tal documento no contiene en sí los derechos de los dueños del inmueble para que se les entregue éste en buen estado o se les indemnice por los deterioros, la cesión por este último concepto requería un nuevo documento, como lo dice la última parte de la disposición citada. Concluyente sería entonces que en ese caso, faltando el nuevo documento, la cesión no se efectuó debidamente, como lo dijo el señor Procurador al notificársele la nota respectiva.

A las consideraciones anteriores opone la parte demandante la siguiente observación:

"Si el valor de los deterioros no aparece cedido, como lo observa el señor Procurador, sería esto grave para la Nación, porque ya pagó a la señora mi poderdante, reconociéndola cesionaria, la suma del avalúo de dichos deterioros, y si mi poderdante no tenía derecho para recibirla, el Gobierno la debería al cedente".

Muy atendible es este reparo. Y además existen otros motivos que llevan a la conclusión de que es más jurídico entrar al fon-

do del negocio y no declarar probada la excepción en referencia.

Esos motivos son:

1º Que el documento de 16 de diciembre de 1905 sí contiene el contrato de arrendamiento, porque las partes quisieron legalizar una situación de hecho, dándole a ella efectos del contrato dicho, para lo cual tenían plena autonomía.

2º Que aun admitiendo que no hubo contrato de arrendamiento en el instante en que se ocupó la casa por el Gobierno —lo que sería aceptable hasta el 16 de diciembre de 1905—, podía afirmarse, sin embargo, que a partir de esta fecha la ocupación de la casa continuó a virtud de convención.

3º Que si ello es así, la indemnización por deterioros es una cláusula implícitamente contenida en el documento, y que tal derecho podía muy bien ser objeto de una cesión en la forma en que se hizo.

4º Que la cesión de derechos respecto de deterioros tenía cabida en esas circunstancias, puesto que a la fecha del documento los llamados arrendadores no tenían obligación correlativa alguna con la Nación, lo que se patentiza en el hecho de que en el documento ninguna se les asignó, y de que la Nación aceptó la cesión, pagándole a la cesionaria el importe por deterioros.

Por tanto, la Sala no declara probada la excepción de que se trata.

Ahora: la que con el nombre de "carencia de acción" opone el señor Procurador no es propiamente excepción, como es obvio, pero su existencia prácticamente equivale a una defensa que lleva al mismo resultado.

Dice el señor apoderado de la parte demandante en su alegato final, sobre el derecho que asiste a su poderdante para exigir el valor de intereses de la suma reconocida y pagada por deterioros: "Dos artículos se ocupan de esta materia directamente: el 1613 y el 1617 del C. C. El primero se refiere al daño emergente y al lucro cesante, considerado éste en sus intereses compensatorios; el segundo se refiere a los intereses de mora". Estos últimos intereses son los que se cobran, como se ve en la demanda.

Es pertinente citar este otro concepto del apoderado de la parte demandante: "El Gobierno no restituyó la casa arrendada poniéndola a disposición de los propietarios, sino que la abandonó dejándola en ruina. Fue cierto que resarció los daños y pérdidas causados por culpa de quienes la ocupaban por su orden, pero retardó el pago de dichos perjuicios".

La Sala considera:

No basta decir que hubo un avalúo y que por ése se pagó. Es preciso establecer que el pago se hizo sólo en concepto de deterioros, sin tener en cuenta globalmente todos los perjuicios. Además, en el caso ocurrente, es necesario probar también que desde 1905 se estaba debiendo una suma determinada y exigible como valor de la indemnización.

El Ministerio de Guerra no aceptó el avalúo practicado en 1905, sino que resolvió que no se fijase en el contrato cantidad alguna por reparaciones y ordenó que se formulase una cláusula en él por la cual el Gobierno se comprometiera a devolver la casa en buen estado. Por consiguiente, la indemnización de perjuicios no vino a quedar determinada en una suma de dinero sino cuando la Nación la aceptó. Y si la suma por indemnización no estaba determinada, por ella no se debía intereses, y menos si no se determinó la época para el pago.

A este respecto es oportuno citar la siguiente doctrina de la Corte, cuya legalidad es patente: "Los perjuicios a cuyo pago ha sido condenado el demandado no producen intereses sino desde que su monto se ha fijado y se ha señalado la fecha del pago". En otro fallo dijo: "La ley no reconoce intereses sobre los perjuicios sino en el caso en que por sentencia o contrato se fijen en cantidad determinada y haya mora en el pago".

Si en 1905 no estaba por convención de las partes o por sentencia fijada la suma de dinero, no puede decirse que desde esa época la Nación estaba obligada a pagar determinada cantidad, y menos afirmarse que hubo retardo para ese pago.

Y si la Nación no estaba obligada a pagar dentro de un término fijo una cantidad de dinero, el valor de intereses por la suma ilíquida no procede, porque tratándose de deudas de dinero, los intereses vienen a constituir perjuicios, y de conformidad con el art. 1615 del Código Civil, los perjuicios sólo se deben desde que el deudor se ha constituído en mora.

El artículo 1617 del mismo Código se refiere a intereses moratorios, cuando se trata de pagar una cantidad de dinero. Comentando esta disposición, dice en forma enteramente jurídica don Fernando Vélez:

"Decimos que este artículo es una excepción a las reglas sobre perjuicios, porque señala los que debe satisfacer una persona que es deudora de una suma de dinero y no la paga el día que se vence el plazo; porque determina el hecho que constituye en mora al deudor, sin que sea necesario para

que ésta exista, la reconvención judicial (art. 1608, Nº 1º), y porque los intereses se deben sin tener en cuenta ni daño emergente ni lucro cesante, ni si hay dolo por parte del deudor, o si los perjuicios pudieron o no preverse. En suma, basta la mora en el pago para que deba intereses el deudor".

La liquidación del daño puede ser judicial, convencional o legal. Es legal cuando los daños de la mora los establece la ley, como cuando se debe dinero, que se supone que es fructífero.

La ley, como se ve, reconoce intereses cuando la obligación es una suma determinada. Estos intereses, llegado el caso, representarían perjuicios, como lo dispone el artículo 1617 mencionado; mas la ley no reconoce perjuicios de perjuicios. Y por esto, cuando las obligaciones tienen por objeto una cantidad de dinero, la indemnización se traduce en pago de intereses, y para que haya lugar a esto el acreedor no tiene que probar que ha sufrido perjuicios: basta que demuestre el retardo.

La suma que se debía pagar por la Nación no quedó perfectamente determinada sino desde el día en que el Ministerio de Guerra ordenó su pago.

Sobre esto, la Sala reproduce lo que dijo el señor Procurador: "Observo que como en tal resolución (la Nº 344 de 28 de mayo de 1934) fue que se vino a reconocer una suma por los deterioros o deméritos de la casa, pues la resolución del 23 de junio de 1905 fue modificada por la del 14 de julio del mismo año, sólo habría lugar a pedir intereses por el retardo de la suma debida por deterioros, si el Gobierno se hubiera puesto en mora de pagar la suma reconocida en la resolución de 28 de mayo de 1934. Pero como tal mora no ocurrió, ni es lo demandado, resulta nuevamente en forma manifiesta lo inconducente, inoficioso e injusto de la actual demanda".

La orden de pago definitiva fue expedida el 30 de mayo de 1934. Hubo mora de algunos días después de la orden definitiva? Eso no aparece establecido en el expediente, pues aunque el pago se verificó el 1º de agosto de ese año, el tiempo transcurrido desde la orden definitiva era apénas el indispensable para cumplir la obligación. Aparte de esto, una orden de pago no equivale a cheque o letras a la vista, sino que está subordinada a ciertas normas. Ella, en verdad, representa un crédito contra la Nación, pero de allí no se sigue que el pago debe ser inmediato.

No está, por consiguiente, probada la acción para cobrar intereses moratorios en el presente caso.

No se hará especial condenación en costas, porque no hay temeridad manifiesta, pues la demandante hizo esfuerzos por demostrar y hacer eficaz su pretensión, y, además, porque la interpretación de la nota de cesión era una cuestión de derecho, cuya apreciación podía hacerla incurrir en equivocación, sin que ello implique malicia.

En fuerza de 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, falla:

Absuélvese a la Nación de todos los cargos formulados en la demanda.

No hay costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Oportunamente archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio.

INDICE

Pág.

Editorial.—Presunción de medianeria.—Obdulio Palacio M. 295

Colaboración Jurídica. — Sociedades. — Miguel Moreno Jaramillo 299

SALA DE CASACION CIVIL

Responsabilidad civil extracontractual.—Demanda por perjuicios.—No se infirma el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, dictado en el juicio ordinario seguido por el doctor Manuel Sarmiento Castillo contra el Municipio de Bogotá, por perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 303

Perjuicios.—Abuso del derecho.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Eduardo y Alberto Restrepo E. contra María de Jesús Jaramillo, por perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 310

Acción principal de reivindicación y contrademanda de nulidad de un título y de participación en un negocio.—Naturaleza jurídica de la prueba indiciaria.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio reivindicatorio seguido por Arturo González Ponce y Carolina Uribe de González Ponce contra Francisco Forero Aguilera.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 317

Demanda por perjuicios.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio ordinario seguido por Echeverri Hermanos contra Echeverri Hermanos & Cía. por perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 329

Demanda para el pago de una suma de pesos. No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Sante Prosperino contra la Societé Nationale des Chemins de Fer en Colombie, por pesos.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 334

La reivindicación y la prueba diabólica.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Anacleto Rengifo contra Sergio Orejuela.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 336

Efecto de las convenciones y efectos de las obligaciones.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Manuel Rotero contra Dáctiva Echeverri, por indemnización de perjuicios.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 340

Oposición a la posesión de una mina.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por Roberto Lehmann contra Jesús María Quintero, sobre oposición a la posesión de una mina.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 345

Se niega un recurso de hecho interpuesto por Angel Díaz contra la sentencia del Tribunal de Medellín, dictada en el juicio seguido contra el recurrente por Arsenio Bram L., sobre venta o adjudicación del bien hipotecado.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 350

Demanda sobre declaración de extinción de una fianza.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario seguido por José A. Llanos contra Raúl H. Méndez, sobre extinción de una fianza hipotecaria.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 352

Pluralidad de jurisdicciones.—Tribunales Judiciales y Tribunales administrativos.—Criterio para determinar la competencia de los unos y de los otros.—Distinción entre los actos concernientes al servicio público y los actos extraños a tal servicio.—Distinción entre los actos de "autoridad" y los actos de gestión.—Criterio moderno: actos de autoridad y actos de gestión relacionados con el servicio público.—Legislación colombiana. Diferencias y anomalías.—Competencia de los Tribunales administrativos colombianos. No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por el Municipio de Bosa contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 358

Demanda para que se declare que un remate hecho por el mandatario fue a nombre del mandante.—Términos.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Besman & Linzon & Co, S. A., contra Miguel Angel Muñoz. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 364

Reivindicación.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Jesús M. y Marco A. Valencia contra Celso Castañeda.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 370

Incompetencia de la Corte para conocer de un recurso de casación.—Se declara incompetente la Corte, por falta de jurisdicción, para conocer en casación de un auto proferido por el Tribunal Superior de Cali en el juicio especial sobre división material de bienes comunes instaurado por Bernardino Roa y Francisco A. Figueroa contra el Municipio de Cali y otros. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 373

Impedimentos y recusaciones.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa

INDICE

Pág.

de Viterbo, dictada en el juicio ordinario, por pesos, instaurado por Romualdo Torres contra José Isaac Carreño.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 376

Demanda para que se declare terminada una asociación y para otras prestaciones, y subsidiaria sobre rendición de cuentas.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Alfonso Vallejo contra Ezequiel Hoyos. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 380

Indicios.—Cancelación de hipoteca.—Cuándo quedan sin efecto los contratos.—Efectos de la resolución y de la cesación.—Pago con subrogación.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario instaurado por Jesús A. Montalvo contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida compuesta por José Vicente Restrepo E. y Celsa Julia Palacio de Restrepo.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 386

Reivindicación.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio reivindicatorio seguido por el Municipio de Popayán contra Antonio Caldas.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 296

Nulidad por simulación solicitada por el acreedor en cuanto a la enajenación ficticia hecha por su deudor.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Agripina Correa viuda de Sánchez y Efraín Echeverri contra Sinforiano y Julio C. Loaiza, sobre nulidad por simulación de un contrato de compraventa.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 400

Arrendamiento de servicios.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Angel María Uricoechea contra la sociedad comercial Marconi's Wireless Telegraph Company, Ltd.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 403

Repetición de pago de lo no debido.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Roberto Tobón contra la Compañía de Mosaicos Hidráulicos 411

Petición de dominio a favor de una sucesión y de exclusión a favor de otra.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por María Josefa Caicedo de Mosquera Wallis contra Rosario Caicedo, sobre el dominio de un inmueble.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 414

Recurso de hecho.—Se concede el de Casación. Se admite el recurso de hecho y se concede el de casación interpuesto por la parte demandante contra un auto en que el Tribunal Superior de Tunja negó el último en el juicio ordinario que por pesos adelanta María Amparo Petronila Forero de Velasco contra Angel María Avila.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 418

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

Alcance de la facultad de los jueces para dictar autos para mejor proveer.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá a favor del Dr. Alfonso Rojas como Juez de este Circuito.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 418

Homicidio.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Ezequiel Cavanzo, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 422

Homicidio.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en la causa contra Víctor Cárdenas, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 424

Juicio militar.—Se anula desde el auto fechado el doce de agosto de mil novecientos treinta y cinco y proferido por el Comando de la 5ª Brigada del Ejército, el juicio seguido contra el soldado Manuel A. Castro Morales, por deserción, y se declara terminado el procedimiento.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 426

Homicidio simplemente voluntario de los menos graves.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en la causa contra Alirio Gallo, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 430

Se alega que el delito no fue de homicidio sino de heridas.—Se niega el recurso de revisión interpuesto por Alfonso Hurtado contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en la causa contra el recurrente, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 435

Heridas.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona en la causa contra Raimundo Pinto, por heridas. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias. 447

Excepción en juicio ejecutivo.—Se declara probada una excepción y no probada otra en el juicio que la Administración Nacional de Hacienda de Cundinamarca adelanta contra el señor Dr. Luis Alberto Medina, por

INDICE

Pág.

impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 450

Excepciones en juicio ejecutivo.—Se declara probada una excepción y no probadas otras en el juicio ejecutivo seguido por la Recaudación de Hacienda Nacional de Tunja contra el doctor José Bartolomé Daza, por impuesto sobre la renta.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 451

Demanda de resolución de un contrato y de reivindicación.—Se confirma la sentencia dictada en el juicio ordinario seguido por Luis Preciado contra el Ferrocarril del Pacífico, el Hospital de San José y otros, por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán.... 452

Prescripción en ejecutivo.—Se declara probada la excepción de prescripción propuesta en el ejecutivo que la Nación le sigue al doctor Carlos Cajiao Wallis y otros.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. .. 455

Excepciones en juicio ejecutivo.—Se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el ejecutado José Gabriel Soto en el ejecutivo que le adelantó la Recaudación de Hacienda Nacional de Magangué.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 456

Demanda para que se declare al Departamento de Caldas subrogado en los derechos contenidos en un contrato.—La Corte estimó que la presentación del contrato era una prueba irremplazable, sin la cual la demanda carecía de base.—Se absuelve al Departamento del Tolima y a "The Dorada Railway Company Limited" de los cargos que les formuló el Departamento de Caldas en la demanda ordinaria para que se le declarara subrogado en un contrato.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 457

Excepción en juicio ejecutivo.—Se declara nulo lo actuado en el juicio ejecutivo seguido por el Recaudador del Impuesto sobre la Renta de Bogotá contra el doctor José María Villegas.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 460

Demanda sobre la nulidad de la elección de un Consejero de Estado.—Se niega la declaración de nulidad de la elección de Consejero de Estado recaída en la persona del doctor Miguel Abadía Méndez.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 461

Demanda sobre pago de perjuicios por un accidente automovilario.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla dictada en el juicio ordinario instaurado por el general Daniel Ortiz contra el Departamento del Atlántico, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 465

Excepciones en juicio ejecutivo.—Se declara probada una excepción y no probadas las restantes, propuestas por el señor Salomón Morales en el ejecutivo que le adelanta el señor Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 466

Pág.

Apelación de un auto ejecutivo.—Se revoca el dictado por el señor Juez Municipal de Tello, en virtud de comisión conferida por el señor Administrador de Hacienda Nacional de Tello, en el ejecutivo contra el señor Mario García C 468

Apelación de una sentencia.—Se abstiene la Corte de conocer de la apelación interpuesta por el señor Fiscal 1º del Tribunal contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario iniciado contra la Nación por el señor Belisario Ruiz N.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 469

Los salarios de peones no pueden embargarse. "Es peón todo obrero que ejecuta una labor material para la cual no se requieren preparación ni aprendizaje de ninguna clase". El cajista de una imprenta no puede considerarse como peón.—Se niega el desembargo solicitado en los juicios ejecutivos que adelanta la Nación contra el señor Alvaro Sánchez.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 470

Incidente de nulidad.—Se confirma la providencia del Tribunal Superior de Bogotá en que se niega la nulidad de lo actuado en el juicio ordinario seguido por la Nación contra las herencias de Lucía Caicedo de Leiva y Ulderico Leiva, sobre declaratoria de baldío de un globo de terreno.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 473

Recurso de hecho.—Se niega el recurso de hecho interpuesto por el señor Guillermo E. Jimeno contra una providencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio que el recurrente adelanta contra The Colombian Railway & Navigation Co Ltd.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 477

Las excepciones en juicio ejecutivo deben fundarse en hechos para que sean procedentes. Esto es más importante que la denominación de ellas.—Se declaran infundadas las propuestas por el apoderado de Milciades Rodríguez en el ejecutivo que le adelanta el señor Juez 1º de Ejecuciones Fiscales. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 479

Pensión.—Se reconoce pensión por jubilación al señor Ramón V. Molina por servicios públicos.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 482

Acumulación en juicios ejecutivos.—Se confirma la providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en la cual se decreta la acumulación de unos juicios ejecutivos seguidos, uno por el Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca y el seguido por Alberto Camero contra Alfredo Escobar.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 486

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

Demanda a la Nación para que pague una suma de dinero por intereses moratorios. Se absuelve a la Nación de los cargos de la demanda que por pesos instauró la señora Adelina Arzayús de Péter.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 487

Últimas obras en francés

Siempre estamos al día con las últimas obras jurídicas

Textos y obras de consulta,

en rústica y en pasta española

Esta semana estamos desempacando obras

nuevas en francés

LIBRERIA AMERICANA

Concha y Michelsen

Bogotá: Calle 12, N° 302.—Apartado 223. Por telégrafo, "Jovico".

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

DOCTOR FRANCISCO DE P. PEREZ

LUJOSAMENTE EDITADO

Prólogo del doctor Miguel Moreno Jaramillo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Texto para la enseñanza de derecho constitucional. Obra histórico-crítica de las constituciones del país desde 1811 hasta el proyecto de reforma en curso (1936).

De venta en todas las librerías y en la calle 21, número 5-29, $ 1,20 el ejemplar.

Para fuera de Bogotá, $ 1,40 el ejemplar.

De diez ejemplares en adelante—pagos anticipados—treinta por ciento (30 por 100) de descuento.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR, JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

TOMO XLIII — Bogotá, Septiembre de 1936. — NUMEROS 1909 y 1910.

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete partidas — Pr. XIIIMA

"Summa itaque ope, et alacri studio has leges nostras accipite".
(Proemium Institutionum D. Justiniani)

LA PLUMA DE ORO
LA MEJOR LIBRERIA
Libros, Revistas, Papelería
Tipografía — Útiles de Escritorio
GUILLERMO JOHNSON
Carabobo, 43-40 Tel. 8-9-3
MEDELLIN

EL ORDEN JERARQUICO EN LA APLICACION DE LAS LEYES

Por GUALBERTO RODRIGUEZ PEÑA

Constitucionalmente hablando, la aplicación jerárquica de la ley corresponde, por modo exclusivo, al Poder Público; de consiguiente, obligación ineludible del particular es el obedecerla en sentido inverso, de abajo hacia arriba, sin que por lo mismo le sea dable a la autoridad, cuando interviene como Juez, reconocerle al individuo el derecho que no tiene, de acogerse preferencialmente a una ley que es opuesta a otra de inferior categoría.

Hasta el año de 1910 en que fue sancionado el Acto Legislativo número 3, reformatorio de la Constitución, el artículo 6º de la ley 153 de 1887, conforme al cual "una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución", había determinado la opinión general hacia la creencia de que, siempre y en todo caso, era forzosa la aplicación preferente de la ley sobre la carta fundamental. Sobrevino entonces el artículo 40 del mencionado Acto Legislativo, según el cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales", y ese parecer general, lo mismo de la crítica que de la Jurisprudencia, se lanzó hacia el extremo opuesto: el de considerar que siempre y en todo caso en que se presente una pugna entre la Carta fundamental y la ley, precisa dar aplicación preferente a aquélla; sólo muy escasas opiniones llegaron a limitar el sentido del texto constitucional a los casos en que la contradicción apareciera patente, clara, indiscutible, como cuando una ley autorizara la pena de muerte para determinados delitos, o la introducción y conservación de armas y municiones de guerra por los particulares, etc., pues que en los demás, es a la Corte Suprema a quien corresponde, como guardián supremo de la Constitución, pronunciarse sobre la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes.

Desprovisto este último criterio de todo contacto con los principios constitucionales, concretamos nuestras observaciones al postulado extremo para demostrar cómo, constitucionalmente hablando, la absoluta supremacía de la Carta Fundamental sobre la ley no es exacta, como no lo fue antes la absoluta inversa que se creyó encontrar en el artículo 6º de la ley 153 de 1887. Es que

las tesis absolutas, las que dogmáticamente aspiran a dilucidar y definir haciendo de lado la sabia máxima del medio virtus que preconizara el Angélico Doctor, más que un aporte al desarrollo de los conocimientos humanos, constituyen infranqueable valladar a la investigación científica; recordar ese principio y aplicarlo a la determinación de la verdad jurídica que aquí se investiga, y las dificultades que se observan en el orden de aplicación de las leyes habrán desaparecido o quedado, al menos, reducidas a su más ínfima expresión.

El Estado como ente jurídico tiene un fin supremo y fundamental a que debe su existencia, su razón de ser: el establecimiento y conservación del orden jurídico y social; es su principio esencial: que haya una autoridad y una jerarquía, unos que mandan y otros que obedecen, que gobernantes y gobernados tengan precisamente definidos sus derechos y obligaciones, con medios absolutamente determinados para garantizarse el ejercicio de tales derechos, etc.; al rededor de este principio, que llevado al derecho positivo del Estado recibe el nombre de orden constitucional, deben girar todos los otros postulados de la ley, desarrollos inmediatos de aquél que es el primero y fundamental; por consiguiente, todo lo que en la legislación positiva se le oponga y contradiga —lo mismo por el tenor literal de las palabras que por la interpretación de su espíritu— habrá de mirarse desde luego como abiertamente inconstitucional, por contrario al principio y fin supremos del Estado.

Obligados así a la consecución de ese fin supremo, el Poder Público, lo mismo que los particulares, no lo están sin embargo, ni podrían estarlo, en la misma forma y condiciones, por la sencilla razón de que no todas las leyes están destinadas —por su naturaleza— a ser cumplidas por uno y otros, conjunta e indistintamente; el mismo principio del orden constitucional enseña, que mientras la obligación de la autoridad es la de cumplir sus leyes —leyes de derecho público— y hacer que se cumplan las de los demás —leyes de derecho privado—, el deber del particular se limita por modo exclusivo, al de acatar irrestrictamente las leyes de derecho privado, que son precisamente las que se han dictado para regular sus actividades individuales; es éste el límite dentro del cual, Poder Público y particulares coadyuvan al establecimiento y conservación del orden, principio básico y supremo del Estado; desde el momento mismo en que cualquiera de los dos se excuse de satisfacer estas obligaciones, o lo haga de manera diversa, ya cumpliendo a medias sus deberes, o ya invadiendo el campo de acción ajeno, el orden constitucional y por tanto la razón de ser del Estado desaparecen, reemplazados por la anormalidad y la anarquía.

Determinada así la misión que corresponde llenar a la autoridad y al particular en orden a la consecución del fin supremo del Estado, puede verse ya muy claro la forma como cada uno está obligado a obedecer la ley: la autoridad cumpliendo sus leyes —disposiciones de derecho público— entre las cuales la Constitución ocupa el primer lugar, de arriba para abajo: primero la Constitución, luégo la Ley, después la Ordenanza, y, en último término, el Acuerdo Municipal; el particular, obedeciéndola en sentido completamente inverso: primero el Acuerdo, luégo la Ordenanza, después la Ley, y en último término la Constitución.

En efecto: para que el principio fundamental del orden pueda mantenerse, es necesario que la autoridad, como encargada de velar por él, cumpla con ese primordial deber; y no lo consigue sino cuando principia por mantener la jerarquía aplicando sus leyes de acuerdo con la categoría de cada cual, esto es, en orden descendente; si hubiera de proceder de manera distinta, no sería el superior quien gobierna al inferior, sino a la inversa, y más aún, podría darse el absurdo de que mientras la ley inferior obliga, la superior de quien aquélla deriva su poder, carece de todo imperio; sería, en una palabra, la suplantación del orden por el desorden. Porque semejante conclusión era inaceptable, fue por lo que el artículo 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910 hubo de establecer: "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales"; y fue también por esto por lo que el artículo 240 del Código Político y Municipal estableció como orden de observancia de las leyes, primero la ley, luégo la Ordenanza y por último el Acuerdo Municipal. No es, por consiguiente, como hasta hoy se ha creído con inexplicable generalidad, que el artículo 40 del Acto Legislativo y el 240 del Código Político y Municipal, hayan consagrado la preferencia o supremacía absoluta de la ley superior sobre la inferior; esa supremacía es tan solo relativa: para cuando el Poder Público es el llamado a cumplir una disposición, o por mejor decir, para cuando se presenta una pugna entre dos disposiciones de derecho público de jerarquía distinta, y entre las cuales la Constitución ocupa el

primer lugar; porque es entonces, y sólo entonces, cuando constitucionalmente corresponde a la autoridad **cumplir** la ley más bien que **hacerla cumplir**, y entonces, y sólo entonces, cuando es posible la pugna o contradicción que el texto constitucional prevé.

No sucede lo propio cuando se trata de una ley de derecho privado en desacuerdo con otra de superior jerarquía; entonces, ya lo hemos dicho, la ley se cumple por el particular en sentido inverso, de abajo hacia arriba. Porque dentro del principio fundamental y supremo del Estado, deber ineludible del particular es el de obedecer irrestrictamente la ley en cuanto sea ley, esto es, "ordenación de la razón para el bien común"; el particular no puede por consiguiente pronunciarse sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad para obedecerla o dejarla de obedecer; si así no fuera, si a los particulares pudiera reconocerles el derecho para juzgar de la constitucionalidad o legalidad de la disposición inferior para mediante ese juicio resolver de la obediencia que le merezca la ley inferior, por el mismo hecho esa ley inferior dejaría de ser ley, porque no sería general, no obligaría a todos sino únicamente a quienes la encontraran en armonía con la ley superior, y entonces el orden, fin supremo y razón de ser del Estado, desaparecería reemplazado por el desorden y la anarquía. Pero si el deber de los particulares es de someterse irrestrictamente a la ley en cuanto sea ley, si contrario a esa obligación es el derecho para desobedecerla y dejarla de cumplir, y si el Poder Público —llámese Ejecutivo, Judicial, etcétera— cuando interviene como juez en una controversia de derecho privado, no puede sino limitarse a reconocer a cada litigante su derecho, es claro entonces que, no teniéndolo el particular para desobedecer la ley porque pugne con otra de superior categoría, con menos razón puede tenerlo la autoridad para reconocérselo dejando de aplicar la ley que el particular tenía la obligación de obedecer.

Pero es más; no es tan sólo el principio fundamental del orden público constitucional, el argumento con el cual se consigue demostrar hasta la evidencia, la distinción que dejamos hecha sobre la forma y orden inverso como corresponde obedecer la ley a la autoridad y a los particulares; los mismos textos constitucionales nos brindan otra consideración que de manera irrefragable la confirman; en efecto: el artículo 57 del Acto Legislativo número 3 de 1910 ha establecido que "Las ordenanzas de las Asambleas son obligatorias mientras no sean anuladas por la autoridad judicial en la forma que prescribe la ley"; el artículo 63 estatuye que "Los acuerdos de los Concejos Municipales son obligatorios mientras no sean anulados por la autoridad judicial"; y los artículos 58 y 64 del mismo Acto agregan que los particulares agraviados por actos de las Asambleas o de los Concejos Municipales pueden recurrir al tribunal competente, y éste, por pronta providencia, suspenderá el acto denunciado por causa de inconstitucionalidad o ilegalidad. Todo lo cual quiere decir que, mientras la ley inferior no sea derogada, sustituida, anulada o suspendida, el particular está en la obligación de obedecerla; y tendría derecho para excusarse de hacerlo, si directamente él, o indirectamente la autoridad —cuando obra como juez— pudieran dejar de aplicar la ley inferior so pretexto de ser contraria a otra de superior jerarquía.

Luego conclusión: La preeminencia o supremacía de la Constitución sobre la ley, consagrada por el artículo 40 del Acto Legislativo número 3 de 1910, y el orden de aplicación establecido por el Código Político y Municipal, de la ley sobre la Ordenanza y de ésta sobre el Acuerdo Municipal, no pueden referirse sino a la exclusiva aplicación de las leyes de derecho público —de las que constitucionalmente está obligada a cumplir directamente la autoridad como tál—, en ningún caso a las que gobiernan la actividad privada de los particulares; lo contrario conduciría a un antagonismo inexplicable y absurdo, no sólo entre los principios y el derecho positivo, sino entre las mismas disposiciones constitucionales.

Y no se arguya que, con este criterio interpretativo, al particular a quien se aplica una ley que posteriormente es declarada inexequible por la Corte, se le desconoce en el hecho una de sus garantías constitucionales, por lo cual la tesis se hace inaceptable. Porque dentro del mismo orden constitucional, se ha otorgado al particular un medio adecuado a la protección de sus derechos y garantías: el de demandar ante el guardián supremo de la Constitución, la inexequibilidad de la ley que atenta contra ellos, y el de obtener esa declaración dentro de un término breve, en que razonablemente no es posible el supuesto; si a pesar de esto el evento propuesto se produce, el resultado no puede imputarse ya a la mala organización constitucional, sino al mismo particular que no supo ejercitar oportuna-

mente su derecho, o a la Corte que no cumplió debidamente su obligación; o significará cuando más, que por altos motivos constitucionales, determinado interés particular hubo de sacrificarse ante el interés público.

Lo dicho hasta aquí sirve para demostrar cómo el artículo 6º de la ley 153 de 1887, conforme al cual "una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria a la Constitución", no merece el concepto que respecto de ella expresara el doctor Carlos Martínez Silva, a quien cita el doctor Francisco de Paula Pérez: "Esta regla de interpretación señalada a los jueces es perfectamente injurídica, y aun nos atreveríamos a decir, absurda, puesto que coloca al legislador en oposición con su mandato y eleva a la categoría de precepto lo que puede ser la violación de un deber. La regla debería ser precisamente la contraria, considerando la constitución como ley suprema y norma de todas las leyes expedidas con posterioridad a ella". No; ni injurídica, ni menos aun, absurda; lo sería dentro del criterio absolutista —ese sí absurdo— con que se la interpretó primero, y con que hoy se la ha querido enterrar viva; porque si como lo hemos demostrado, en las relaciones privadas del individuo, el particular lo mismo que el Poder Público, están obligados a cumplir y obedecer de preferencia la ley inferior sobre la superior, el principio de la ley 153, así interpretado, resulta absolutamente acorde y compatible con el canon constitucional consagrado en el artículo 40 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. De esta suerte los dos principios juzgados hasta hoy como contradictorios e incompatibles, no solamente no lo son, ni con menos razón puede continuar considerándose como inexistente el de la ley, sino que conviven y tienen que supervivir en armonioso maridaje, como única garantía del orden jurídico-constitucional. Es que, como lo decíamos al principio, en materias científicas, las tesis absolutas casi siempre conducen al error y al desacierto.

COLABORACION JURIDICA

SOCIEDADES

Miguel Moreno Jaramillo

TOMO IV

(continuación)

420.—La corte suprema de justicia, sala de casación civil, dictó el 6 de julio de 1936 sentencia sobre objeciones a la partición efectuada en la liquidación judicial de una sociedad, sentencia en que fue magistrado ponente el autor de este libro, y de la cual reproducimos en parte el análisis de las causales.

La corte considera:

I

. . . . . .

. . . . . .

II

Lécse en el libelo inicial del juicio, fechado el 6 de junio de 1924, que las actoras De la Torre, —Inés, Camila, Magdalena y María—, obran en sus propios nombres, y que la última lo hace además como heredera de Dolores.

En las demandas de casación fechadas el 21 de agosto y el 1 de octubre de 1935, suscrita la primera por el apoderado de Inés, Camila y María, y suscrita la segunda por Magdalena, sostienen las cuatro recurrentes que no estando acreditado en los autos el carácter de heredera de Dolores, invocado por María, y habiéndose corrido traslado de la demanda de partición a la misma María como heredera de la misma Dolores, el juicio es nulo por ilegitimidad de la personería en una de las partes o en quien figura como representante suyo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 448 del código judicial, en la regla 2ª

Enseña el artículo 457 del código judicial que la parte indebidamente representada en el juicio, puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los actores o a cualquiera de los reos sino privativamente a la parte mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación. No su contraparte; ni siquiera sus litisconsortes.

Con toda claridad decía la ley 105 de 1890, en su artículo 136, ordinal 2º, que en la nulidad por ilegitimidad de la personería de alguna de las partes tienen derecho de pedir la reposición el interesado cuyos derechos se han representado indebidamente, o su representante legal.

La misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en que una de las partes no estuvo debidamente representada. Si tal personería se exige para promover el juicio de nulidad por la vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia, no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación.

Es significativo el hecho de que el artículo 522 del código judicial, al tratar de la interposición del recurso, hable de "la parte misma o su apoderado", como lo es también el de que el 523 de tal obra, al tratar de la concesión del mismo recurso, exija que el impugnador sea "persona hábil".

Concretando estas nociones generales al caso en estudio, observa la corte que la interesada Dolores de la Torre, si aún vive, o sus herederos, si ha fallecido, serían las únicas personas hábiles para alegar en casación la ilegitimidad de personería que aducen los recurrentes.

Deséchase esta segunda causal.

III

Sostienen las recurrentes que faltando la citación o emplazamiento de Dolores de la

Torre para que concurriera a la partición de la sociedad disuelta, procede por este motivo la nulidad del juicio.

Lo expuesto sobre el derecho a pedir la nulidad por ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, debe aplicarse cuando se alega la falta de citación o emplazamiento en forma legal de quienes han debido ser llamados al juicio.

El artículo 457 del código judicial trata conjuntamente de la indebida representación en juicio y de la falta de citación o emplazamiento, para decir que estas causas de nulidad deben ser alegadas, como acción o como excepción, por la parte indebidamente representada o no legalmente notificada o emplazada.

. . . . . .

. . . . . .

Deséchase esta tercera causal.

IV

Afirman las demandantes que la sentencia recurrida viola los artículos 954 y 956 del código judicial y 1382 y 2141 del código civil.

. . . . . .

Sobre los artículos 956 del código judicial y 1382 del código civil, que autorizan al juez para nombrar partidor si las partes no se acordaren en su nombramiento, tampoco debe tratarse en este fallo, por varias razones: porque está ejecutoriado el auto de 7 de marzo de 1931, sobre nombramiento de liquidador-partidor, y éste no fue tachado; porque su designación no es objeto de la sentencia recurrida; porque no habiendo constituído la invalidez de ese nombramiento ninguna de las objeciones hechas al trabajo de partición, es un medio nuevo.

Sobre el artículo 2141 del código civil, que ordena la partición del haber común cuando la sociedad ha quedado disuelta, y traslada a la división del caudal social las reglas relativas a la de los bienes hereditarios, observa la corte que en lo que ese precepto tiene de sustantivo no se advierte quebrantamiento alguno, y en lo que tiene de procedimental no puede ser invocado en casación.

Deséchase la cuarta causal.

V

Dicen los recurrentes que el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, a causa de que el liquidador-partidor no tuvo en cuenta el documento de 23 de junio de 1912, no obstante la súplica que en este sentido hicieron las demandantes, y a causa también de haber sido pretensión de ambas partes la de que se partieran los bienes con audiencia de la interesada Dolores de la Torre, ausente del juicio.

. . . . . .

Dice el libelo que la liquidación debe hacerse sobre la base del documento privado suscrito por los causantes el 23 de junio de 1912, documento que los actores ofrecieron traer al juicio y no trajeron. El liquidador-partidor no estaba obligado a procurárselo de manera oficiosa. Su obligación, como dijeron el juez y el tribunal, consistía en obrar de acuerdo con los elementos probatorios que aparecieran en el proceso. Si sobre este punto el liquidador-partidor no tenía duda, y es de creerse que no la tuviera, nada le obligaba a consultar con el juez, según el artículo 1281 del código judicial anterior, como lo creen las recurrentes.

En la diligencia de inventarios practicada el día 29 de julio de 1927, denunció el apoderado de las demandantes, como pasivo de la sociedad, los capitales que a ella aportaron sus dos socios, y pidió que los peritos hicieran el avalúo de esas aportaciones, tomando por base el documento de 23 de junio de 1912, "que fue citado en la demanda como elemento fundamental de la liquidación". El mandatario de las demandadas dijo no aceptar ni reconocer como pasivo social esos aportes, "porque ellos constituyen justamente el capital social, que es activo y es lo que trata de liquidarse".

Por auto fechado el 10 de agosto de 1927, estimó el juez que los capitales denunciados quedaron figurando como pasivo de la sociedad, y un poco más tarde, el 26 de los mismos mes y año, decretó la exclusión de tales créditos, a solicitud del mandatario de las demandadas, fundándose en que no reunían los requisitos del artículo 254 de la ley 105 de 1890, aplicable por ministerio del 2141 del código civil. El tribunal, por auto fechado el 7 de octubre siguiente, dispuso que no había lugar a incluír como pasivo de la sociedad, compañía o negocios en común, los capitales que a ella aportaron sus socios.

Dijo así el tribunal:

"El punto que ha de resolverse aquí se reduce a saber si deben o no inventariarse en el pasivo de la sociedad, compañía o negocios en común, los bienes que los señores De la Torre aportaron a ésta, denunciados por el señor Uribe Cualla".

"Esta cuestión la resuelve el tribunal en sentido negativo, pero no por las razones aducidas por el juzgado, sino en fuerza de otras de orden superior".

"No existe sociedad si cada socio no pone algo en común, y los bienes que en calidad de aporte llevan aquéllos a la sociedad, pertenecen exclusivamente a ésta y forman parte del activo de la misma (art. 2081 del C. C.)".

"Hecho el aporte, los bienes son de la sociedad y no de los socios, los cuales tienen en principio un crédito contra aquélla sobre lo que resulte de la liquidación, y los bienes aportados constituyen la masa partible..."

"Si fuera posible y racional la inclusión de ese crédito como pasivo, hay que pensar las consecuencias que ello tendría para terceros".

"Esta razón es más que suficiente, a juicio del tribunal, para concluír, como concluye, que no hay lugar a incluír como pasivo de la sociedad los capitales que a ella aportaron cada uno de los socios Francisco y Rafael de la Torre".

Aunque el contenido del auto en parte transcrito no lo fue también de la sentencia acusada, la corte toca de paso este punto para decir que a su juicio es injurídica la doctrina del tribunal sobre el carácter de los aportes, pues no hay duda de que la sociedad —regular o de hecho, civil o comercial— tiene acreedores de dentro y de fuéra. Acreedores internos son los socios que han hecho puesta de capital; externos, aquellas personas ante quienes se ha obligado la sociedad extrínsecamente. La compañía abre una cuenta a cada acreedor. Centralizadas y generalizadas esas cuentas, resulta el pasivo. En éste se distinguen varias categorías de deudas. Pagadas las que contrajo la sociedad con acreedores externos, se satisfacen las sociales, es decir, las aportaciones de los socios, hasta donde alcance el sobrante.

Toda liquidación consiste esencialmente en reglamentar los intereses pecuniarios a que pudo dar nacimiento la disuelta sociedad. De ahí que sea más sencillo dividir bienes comunes o distribuir efectos hereditarios que liquidar negocios sociales. De ahí también que el papel de partidor sea menos complejo que el de liquidador. Pero cuando a éste no se le dan más datos que los que arroja un inventario de bienes muebles, su tarea, de simple partición intelectual o material, no por sencilla deja de ser jurídica.

Lo de la ausencia de Dolores está ya ampliamente tratado, y no mira a las pretensiones objetivas de las partes.

Deséchase esta quinta causal.

VI

Se quejan las recurrentes de que el liquidador-partidor no tuvo en cuenta el documento aludido, ni los títulos de cada socio en el contrato, ni los libros de la compañía, etc., etc. Parece que en su concepto han sido violados los artículos 540 y 541 del código de comercio y 234 de la ley 103 de 1923.

Considera la corte que si a los autos no se trajo el documento, es imposible que faltase su apreciación o fuese errónea. El objetante dice que "ese documento obra original en el proceso que sirvió de origen a este juicio y que forma con él un solo juicio, pues esta litis de liquidación es consecuencia de todo el proceso original". Admitiendo que ello sea así, no hay prueba de que el documento se halle en el juicio ordinario que antecedió al de liquidación. Lo de los libros, etc., es demasiado vago.

El liquidador-partidor no estaba obligado a cumplir estrictamente el artículo 540 del código de comercio, porque no se ha establecido que liquidara una sociedad comercial. Más bien parece que partió los bienes de una sociedad civil, regular o de hecho, o de una comunidad. Si causahabientes de los asociados estimaren que el liquidador-partidor dejó de cumplir alguna de sus obligaciones, como la de rendir cuenta general de la administración, campo les queda para proceder judicialmente contra aquél: pero eso no afectaría la validez de la partición. La sentencia acusada se reduce a aprobar este trabajo, en vista de que las objeciones carecen de sólido fundamento.

No procede la cita del artículo 541 del código de comercio, porque ni se ha nombrado quién liquide una sociedad comercial, ni se ha discutido si el liquidador representa o no en juicio a los asociados, activa y pasivamente.

Tampoco es procedente el artículo 234 de la ley 103 de 1923, que da reglas imperativas para la contestación de la demanda.

La liquidación de estos negocios, como lo apunta el tribunal, no tenía por qué estar sujeta a la rendición de cuentas.

.....

Deséchase la sexta y última causal. (Tomo I, Nos. 77, 117, 120, 134, 135 y 136. Tomo II, Nos. 163, 215, 238 y 256. Tomo III, Nos. 265, 271, 273, 293 y 300).

421.—En juicio ordinario entre un socio colectivo y su deudor personal, el primero pidió como prueba una inspección ocular en los libros de la sociedad. La corte suprema de justicia, sala de casación civil, dijo lo siguiente en sentencia de 23 de julio de 1936, redactada por nosotros:

El valor probatorio de los libros no es absoluto. Apenas respectivo. Así lo establece el código del ramo. Hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agitan entre sí. Y la hacen contra quien los lleva, sin que sea admisible prueba tendiente a destruír lo que resultare de sus asientos. En materia civil, aun entre comerciantes, los libros no tiene más fuerza que las anotaciones privadas. Estas normas se hallan en los artículos 43, 47 y 51 del código de comercio.

La ley admite pruebas especiales en asuntos mercantiles, por altas razones: como la de atender a costumbre o sistema universales que consultan las necesidades del comercio; como la de sancionar con ineficacia probatoria los libros mal llevados; como la de reconocer que el comerciante conoce la verdad de lo atestiguado por él y tiene interés en evitar su propio engaño; como la de compensar con fe y crédito la diligencia de quien lleva sus libros regularmente; como la de hacer amable la obligación legal de tener libros; como la de interpretar que los comerciantes se han otorgado tácitamente el mandato recíproco de asentar en orden cronológico y día por día sus operaciones, y como la de admitir que los libros son comunes a quienes ejercen el comercio, porque dan el resultado y constituyen la prueba de relaciones también comunes. Todo naturalmente sobre la base de que los libros sean llevados con la regularidad requerida, como se dice en los artículos 53 y 57 del código mercantil.

Ninguna de las anotadas razones milita para sostener el valor probatorio de los libros cuando su dueño no sea parte como actor o como reo. Si esta prueba es peligrosa aun entre comerciantes, porque libros de apariencia regular pueden esconder engaños o dar ocasión a sospechas, no obstante el control de los llevados por la parte contraria, bien se ve cuán peligroso sería generalizar esta prueba extendiéndola a negocios en que el dueño de los libros no sea litigante.

Cuando un comerciante extraño al pleito presta sus libros a una parte para que los exhiba, o cuando uno de los litigantes logra del juez la inspección de tales libros, no puede verse en éstos la prueba especial de comercio; tampoco una testimonial específica del comerciante, a que faltarían oralidad y juramento; ni siquiera un principio de prueba por escrito, puesto que emanando de persona ajena del litigio no haría verosímil el hecho litigioso; a lo más pudiera verse en ellos algún elemento probatorio en cuya apreciación tendría gran libertad el fallador.

En el presente negocio las partes han sido Henrique Isaacs D., como actor, e Inés Marchesiello, como reo. La casa de Isaacs Hermanos, antes y después de su disolución, es persona extraña al litigio. Sus libros no constituyen plena prueba en favor o en contra de los dos litigantes.

. . . . . .
. . . . . .

Ya se ha dicho que en los libros de persona extraña al litigio sería posible ver algún elemento probatorio de valor infirmante o corroborante, en especial cuando las partes tienen vinculaciones con aquella persona dueña, como ocurriría si el actor o el reo, o uno y otro, fuesen socios administradores o liquidadores de la entidad que presta sus libros, y más todavía si aquél o éste, o ambos, intervinieron en la teneduría de los mismos. Pero es al juez de instancia, no al de casación, a quien compete ponderar esas pruebas indirectas.

La corte ha tratado brevemente de los libros de comercio, porque en el juicio ordinario de Joaquín Rivera G. contra Obeso, Reyes, Nissen & Cº, S. A., se extiende bastante sobre la materia. (Tomo I, Nº 125. Tomo II, Nº 233).

BIBLIOTECA

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

COMPRA POR UN ALBACEA DE BIENES DE LA SUCESION.—APLICACION DEL ART. 2170 DEL C. C.—INAPLICABILIDAD AL CASO DEL ART. 1351 CUANDO NO HAY HEREDEROS QUE ESTEN BAJO GUARDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de octubre de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Hechos

En el juicio de sucesión de Luis M. Bedoya G. le fueron adjudicados a los albaceas Aureliano Bedoya y José D. Carmona, en la partición, y para que éstos cubrieran las deudas de la sucesión e hicieran los gastos que faltaban, tres lotes de terreno y un local de tienda, estimados, en conjunto, en la suma de $ 2,216.92, valor del pasivo de la sucesión conforme a los inventarios, "después de deducir el aporte de la viuda a que se refiere el último punto del pasivo inventariado".

La señora Carmen R. Carmona viuda de Bedoya, cónyuge sobreviviente, considerándose gravemente perjudicada con la partición, demandó a los precitados albaceas para que se hicieran las siguientes declaraciones: a)—Nulidad absoluta por objeto ilícito o causa ilícita, de la adjudicación hecha a ellos en la sucesión testamentaria de Luis M. Bedoya; b)—Obligación de los demandados a restituir, dentro de tres días, a los herederos de Luis M. Bedoya C. y a la actora o a la sucesión del mismo, representada por éstos, los bienes adjudicados a aquéllos, con sus frutos naturales y civiles, así los percibidos como aquellos que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad; c) —Obligación de los albaceas de rendir cuentas del albaceazgo dentro de diez días.

En subsidio pidió que se rescindiera la partición por lesión enorme, y finalmente pidió que se declarara la obligación solidaria a cargo de los albaceas, de pagar el importe de los perjuicios causados a la demandante con el desempeño del albaceazgo y que se ordenara sacar a licitación los bienes muebles inventar[illegible]er del subsidio los inmuebles q[illegible]el mandatdo para atender al pago del pasivo y de los legados, repartiendo entre los consignatarios, de acuerdo con el testamento, el dinero que sobrare, y procediendo en seguida el partidor a verificar de nuevo la cuenta de partición.

El Juzgado del Circuito de la Ceja, ante el cual se siguió el correspondiente juicio ordinario, declaró, conforme a la demanda, por objeto y causa ilícitos, la referida adjudicación; ordenó la restitución a los representantes legales de la sucesión, por parte de los albaceas, de los bienes expresados en la demanda, con sus frutos naturales y civiles, tal como lo pidió la demandante; declaró que los albaceas estaban en la obligación de rendir cuentas del albaceazgo dentro del término de veinte días y que estaban asimismo en la obligación de pagar a la actora, dentro de seis días, solidariamente, el importe de los perjuicios que le causaron en el desempeño del albaceazgo y absolvió a los demandados de los demás cargos contenidos en la demanda.

II

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Medellín, ante el cual se apeló por los demandados de la sentencia de primera instancia, revocó la declaración de nulidad absoluta, así como la declaración sobre obligación de los albaceas de restituir los bienes y la declaración sobre la obligación de pagar perjuicios. Confirmó la sentencia en lo concerniente a la obligación de los albaceas de rendir cuentas y en lo atinente a la absolución pronunciada por el Juez sobre los demás puntos de la demanda.

Para ello se fundó el Tribunal: a)—En que al hacer la adjudicación a los albaceas quedó celebrada entre éstos y los herederos una convención de dación en pago, convención que solamente puede ser nulá cuando hay menores de edad y que, en el caso que se estudia, reúne, según el Tribunal, los cuatro requisitos necesarios para la validez de los contratos: capacidad, objeto lícito, causa real y lícita y consentimiento no viciado; b)—En que no se puede equiparar una ad-

judicación a una venta en subasta pública, por lo cual hubo indebida aplicación, por parte del Juez, de los textos que se refieren a la compraventa citados en la demanda y en la sentencia, porque en el caso en referencia "ni los herederos ni el partidor solicitaron al Juez que conocía del juicio de sucesión la venta de bien alguno".

III

Por medio de apoderado ha recurrido en casación la actora contra la sentencia del Tribunal. Cuatro cargos se formulan en el recurso contra dicha sentencia:

Primero.—Violación directa de los arts. 1351, 501, 6º, 1523, 1524, 1502, 1740 y 1741 del Código Civil, por cuanto a los señores Aureliano Bedoya y José D. Carmona, como albaceas les estaba prohibido expresamente por la ley tomar para sí o recibir por cualquier concepto los bienes inmuebles de la sucesión, no obstante lo cual el Tribunal sentenciador, apoyándose en la consideración de que no se trata de una venta en pública subasta, dejó de aplicar las disposiciones referidas, y así violó todos esos textos de un modo directo y además interpretó erróneamente el 501.

Segundo.—Interpretación errónea del mismo art. 501, por cuanto el Tribunal distinguió donde la ley no autoriza para ello, pues aquél consideró que los albaceas demandados podían tomar para sí los bienes inmuebles que en la partición les fueron adjudicados, por no tratarse de una venta en pública subasta.

Tercero. — Violación de los arts. 1627, 1628, 1634 y 1639 del Código Civil, en cuanto el Tribunal estimó que en la adjudicación que a los albaceas se hizo de los inmuebles de la sucesión se había verificado el fenómeno jurídico de una dación en pago.

Cuarto.—Violación directa de los arts. 484, 483, 501, 1810 del Código Civil y 1º de la ley 67 de 1930, por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo, por ser María Luisa Bedoya, en el tiempo en que se hizo la partición, mujer casada, y por consiguiente incapaz para enajenar los bienes herenciales o los derechos que le hubieran podido corresponder. Por este aspecto, agrega el recurrente, violó también la sentencia los arts. 1401 y 1633 del C. C., porque consideró como válida una enajenación o lo que el fallo llama dación en pago.

IV

En cuanto al primero de los cargos formulados, la Corte considera:

Al relacionar el artículo 1351 del C. C. con el 1856 de la misma obra —según el cual los mandatarios, síndicos de concurso, y **albaceas,** están sujetos, en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto por el art. 2170— se ve claramente que el primero de los textos nombrados, al extender a los albaceas lo dispuesto en el art. 501, no sancionó con nulidad absoluta, en los términos del inciso final de este precepto, todas las compras que hicieran los albaceas de bienes de la respectiva sucesión, sino tan sólo aquellas que se realicen cuando entre los herederos haya personas bajo guarda o patria potestad, pues las demás se rigen, como lo dispone terminantemente el expresado art. 1856, por lo preceptuado en el 2170, que establece una simple nulidad relativa para las compras que el mandatario haga, sin expresa aprobación del mandante, de las cosas que éste le ha ordenado vender.

El art. 1351 simplemente significa que si **hay entre los herederos de la sucesión personas que estén bajo tutela o curatela,** no podrá el albacea, como no lo pueden los tutores o curadores respectivos, comprar bienes de la sucesión, ni siquiera con permiso del Juez. Pero cuando entre los herederos no haya personas que estén bajo tutela o curatela o bajo patria potestad, sólo tiene aplicación, para las compras que hagan los albaceas, el ya citado art. 2170, por virtud de lo dispuesto en el art. 1856, que de otro modo carecería de sentido.

El albacea o ejecutor testamentario es la persona a quien el testador encarga de asegurar la ejecución exacta de su última voluntad, y tiene, con respecto al testador, el carácter de un mandatario póstumo, y con respecto a los herederos el carácter de un super-vigilante, que en ciertos casos puede substituírse a ellos para ejecutar directamente la voluntad del testador y al mismo tiempo el carácter de un mandatario, con la particularidad de que deriba sus poderes del testador y sin perjuicio de que tales poderes tengan efectos con relación a los herederos. Con respecto a los acreedores y a los legatarios y beneficiarios en general de las disposiciones testamentarias, el albacea es un defensor y en cierto modo un representante.

Dado ese carácter del albacea, que tánta analogía tiene con el mandatario, y que tán-

to se distingue de las tutelas y curatelas, que son cargos obligatorios instituídos exclusivamente en provecho del pupilo, para protegerlo y con respecto a los cuales el legislador ha creído necesario adoptar toda clase de medidas de garantía para prevenir la mala gestión o infidelidad del guardador, era natural que la ley, en lo atinente a las compras, que en general hicieron los albaceas de bienes de la sucesión, aplicara las reglas del mandato, y que, solamente para el caso especial en que hubiera personas bajo guarda o bajo patria potestad, extendiera, en favor de éstas y en contra de los albaceas, las medidas de garantía y protección establecidas contra la posible infidelidad o mala gestión del guardador.

Esta ha sido, por lo demás, la opinión unánimemente admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

"Desde que esta disposición (el art. 501) —dice el señor Vélez— se aplica a los albaceas, puede deducirse que **cuando en la sucesión haya herederos bajo tutor o curador**, aquéllos, con autorización de los guardadores o del Juez en subsidio, pueden comprar los muebles de la sucesión o pueden comprarlos los parientes de que se trate, pero que en todo caso a éstos y a los albaceas les es prohibido comprar los inmuebles **en el caso que nos ocupa**".

El señor Vera, refiriéndose a los arts. 1294 y 412 del Código Chileno, que corresponden a los arts. 1351 y 501 del Código Civil Colombiano, dice: "Si también les es aplicable a los albaceas el art. 412, tendremos entonces que el albacea no puede tomar parte en la enajenación de bienes en que haya menores de edad".

En el mismo sentido se han pronunciado la jurisprudencia chilena y la colombiana sobre ese artículo, que no existe en el Código de Napoleón.

De todo lo cual se deduce que en el caso que se estudia, por no ser aplicable el art. 1351, sino el 2170, en relación con el 1856, no hubo violación de aquel texto ni de los otros consecuencialmente citados en el primer cargo.

Con respecto al segundo de los cargos formulados, la Corte considera:

Evidentemente la distinción hecha por el Tribunal con respecto al art. 501, en cuanto aquél considera que la prohibición de que allí se habla sólo se refiere a las ventas que hagan en pública subasta, es de todo punto de vista infundada y errónea. Sólo que, no siendo ese artículo 501 aplicable al caso presente por lo antes expuesto, esa mala interpretación dada por el Tribunal al referido texto no sería bastante para conducir a la casación de la sentencia. Restablecida, por medio del presente fallo, la doctrina jurídica sobre dicho texto, y encontrando como encuentra la parte resolutiva de la sentencia un apoyo incontrovertible en lo que antes se explicó acerca de los arts. 1351, 501, 1856 y 2170, la Corte cumple su misión limitándose a rectificar como rectifica la parte motiva de la sentencia del Tribunal, sin lugar a casarla, para llegar al mismo resultado, en virtud de las consideraciones arriba expuestas.

Con respecto al tercer cargo puede decirse lo propio: es errónea la doctrina del Tribunal al considerar como dación en pago la adjudicación a los albaceas. Si fuera ésa una premisa indispensable de la parte resolutiva —que la Corte tendría que reproducir en una sentencia de instancia si casara la del Tribunal— habría que casar el fallo, pero, como ya se dijo, esa parte resolutiva constituye la conclusión inevitable de una correcta interpretación de los arts. 1351 y 501 del Código Civil, puestos en relación con los arts. 1856 y 2170 del mismo.

Y en lo atinente al cuarto cargo, la Corte se limita a considerar que los textos allí citados establecen medidas de protección para la mujer casada, cuya inobservancia sólo puede ser alegada por ella, y que, María Luisa Bedoya no es demandante en este juicio.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma el fallo acusado dictado por el Tribunal de Medellín con fecha de treinta de abril de mil novecientos treinta y cuatro.

Sin costas.

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.

SERVIDUMBRE DE TRANSITO.—DETERMINACION EN EL TITULO, DEL PREDIO SIRVIENTE Y DEL PREDIO DOMINANTE.—LINDEROS DE LOS PREDIOS.—RECONOCIMIENTO EXPRESO DE UNA SERVIDUMBRE POR EL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE Y DIVISION DEL PREDIO DOMINANTE

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

Hechos

I

Por escritura número doscientos veintidós de veinticuatro de febrero de mil novecientos doce, Isaías Aristizábal (padre) vendió a Onofre Serna "un lote de terreno en propiedad, ubicado en el punto denominado Mesopotamia, que hace parte del que hubo (el comprador) por compra hecha a Joaquín Gómez".

2º—Onofre Serna, por escritura doscientos noventa y tres de diez y ocho de febrero de mil novecientos veinte, le vendió a Faustino Vargas una parte del lote comprado a Isaías Aristizábal.

3º—Por medio de la cláusula tercera de la escritura doscientos veintidós (venta de Aristizábal a Serna) se estipuló: "Que desde esta misma fecha entrega lo vendido al comprador con las acciones consiguientes, **siendo comprometido el vendedor a permitir el camino por el predio de éste y el comprador a sostener el cerco que corresponde en lindero con el predio del vendedor, esto de por vida".**

4º—Isaías Aristizábal (hijo) adquirió, en parte por herencia y en parte por compras hechas a los otros herederos, la finca "Mesopotamia" que su padre le había comprado a Joaquín Gómez y de la cual había vendido un lote a Onofre Serna.

5º—El mismo Isaías Aristizábal (hijo), el trece de septiembre de mil novecientos treinta y dos, demandó ante el Juez de Circuito de Armenia, a los señores Onofre Serna, Juan de Dios Arroyave, Juan Ojeda y Julia Patiño, viuda ésta de Faustino Vargas, para que en juicio ordinario se declarara: "Que la finca de Isaías Aristizábal situada en el paraje de 'Mesopotamia' **no debe servidumbre de tránsito** a los predios contiguos de propiedad de los demandados, situados en el mismo paraje, por lo cual deben los demandados abstenerse de ya por sí, ora por medio de sus peones y familiares, tanto a pie como con animales, de hacer uso de una senda o camino que han querido establecer y que cruza la finca del demandante para salir al camino público que conduce de Armenia a Circasia".

6º—Durante la primera y la segunda instancia, el demandante sostuvo que el camino a que se refiere la citada cláusula de la escritura doscientos veintidós, es completamente distinto del camino a que se refiere la parte petitoria final de la demanda. En ésta se quiso hacer alusión al camino por "el lado de arriba" y la escritura no pudo referirse sino al camino por "el lado de abajo", según el demandante. Los demandados negaron insistentemente eso, pero el Juez de primera instancia, después de analizar las pruebas conducentes a demostrar que la escritura sólo se refería al camino "por el lado de abajo", falló de conformidad con las pretensiones del actor.

7º—El Tribunal estimó absolutamente improcedentes todas las averiguaciones relativas a esa cuestión en que fundamentó su decisión el juez, y apoyándose en que lo esencial, en la parte petitoria de la demanda, era la declaración de que el predio del demandante "no debe servidumbre de tránsito" y en que lo demás de dicha parte petitoria tenía un carácter consecuencial, revocó la sentencia del juez en cuanto a Onofre Serna y a los herederos de Faustino Vargas para absolverlos de los cargos de la demanda.

II

Fundamentos del recurso interpuesto

Contra la expresada sentencia recurrió por medio de apoderado el señor Isaías Aristizábal Suárez. En el recurso se formulan cinco cargos contra la sentencia, así:

a) Error de derecho y error de hecho evidentes en la apreciación de la prueba consistentes en la escritura doscientos veintidós de veinticuatro de febrero de mil novecientos doce, y especialmente de su cláusula tercera. Dice al respecto, en sustancia, el recurrente que —siendo necesaria la determinación, por sus linderos, tanto del predio dominante como del predio sirviente,

y no habiéndose fijado en la escritura mencionada el predio sirviente – hubo, por parte del Tribunal, error de derecho al estimar, como suficiente título de la constitución de una servidumbre, la referida escritura, y error de hecho en cuanto, aún existir en la escritura la determinación del lote sirviente, el Tribunal creyó ver en ella esa determinación. Como consecuencia de tales errores —concluye el recurrente— el Tribunal violó las siguientes disposiciones legales: arts. 879, 880, 760, 1760, 758, 2658, 2652, numeral 4º, y 1501 del Código Civil y el art. 9º de la ley 95 de 1890.

b) Violación de la ley sustantiva: primero: porque no habiendo podido el registrador, en relación con la parte de la precitada escritura concerniente a la servidumbre de tránsito, cumplir con lo preceptuado por el art. 2658, ya que en aquélla no se determinaron los linderos del predio sirviente, ni se cumplieron los requisitos que exige el art. 2694, el Tribunal, al dejar de tener en cuenta esos textos, los violó directamente por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo; segundo: porque el Tribunal —al considerar que, sin la determinación del predio sirviente en la escritura, pudo quedar establecida la servidumbre y hecho correctamente el registro— violó directamente, por no haberlos aplicado siendo el caso de hacerlo, los arts. 1500, 759, 760, 1760 y 2652, numeral 4º; tercero: porque al no estimar indispensable el Tribunal la fijación precisa del predio sirviente para la constitución de la servidumbre, violó los arts. 879 y 880; cuarto: porque, correspondiendo al demandado en esta acción negatoria demostrar la afirmación de que existe, sobre el supuesto predio sirviente, la servidumbre que el dueño de éste niega, el Tribunal, al olvidar, como olvidó ese principio, violó los arts. 1757 del Código Civil y 595 del Código Judicial.

c) Error evidente de hecho al considerar el Tribunal que —con la precitada escritura, con las declaraciones presentadas por el demandado, con las posiciones absueltas por el demandante y con la inspección ocular— quedó demostrado que la finca de Aristizábal es sirviente en relación con el fundo del demandado, pues en sentir del recurrente, con esas pruebas no se demuestra el predio del demandante sí está gravado la servidumbre de tránsito que él en consecuencia, al estimar el en dichas pruebas se demuestra de la servidumbre, incurrió de hecho evidente, y también en un error de derecho, ya que el contrato de servidumbre es solemne y no puede comprobarse sino con escritura pública. Como consecuencia de todo ello se violaron los artículos 1500, 759, 760, 1760, 2652, 2594 del Código Civil y 605, 697, 593, 601, 722, 723 y 730 del Código Judicial;

d) En cuanto a la parte del fallo referente a los herederos de Vargas (Julia Patiño y sus representados), el recurrente acusa la sentencia por error de hecho evidente y por error de derecho en la apreciación de la escritura 293 de 18 de febrero de 1920 (venta de Onofre Serna a Faustino Vargas), lo mismo que en la apreciación de la inspección ocular. "La apreciación de tales pruebas —dice el recurrente— hizo creer al Tribunal que por haber comprobado Vargas a Serna un terreno en aquel lugar ("Mesopotamia), éste hacía parte del que Serna había comprado a Isaías Aristizábal", y con ello incurrió el Tribunal en el expresado error de hecho. Y al interpretar el Tribunal la escritura 293 en el sentido de que por ella se había transmitido a Vargas el derecho a la servidumbre que Serna dice haber obtenido de Aristizábal, violó el fallador, como consecuencia de un error de derecho, los arts. 760 y 890 del Código Civil y 9º de la ley 95 de 1890, pues Serna, en la escritura 293, no expresó en ninguna forma el ánimo de transferir a Vargas la servidumbre de tránsito que Serna considera haber adquirido de Aristizábal, y por otra parte, el lote comprado por Vargas tiene salida directamente al camino y no necesita de la servidumbre discutida;

e) Aplicación indebida de los arts. 890, 905 y 908 como consecuencia de la estimación de que el predio vendido por Serna a Vargas debe gozar de la servidumbre que se discute, por razón de haber sido parte dicho predio del terreno que compró Serna por la escritura 222 de 24 de febrero de 1912. En sentir del recurrente, el predio de Vargas no podía quedar favorecido con la servidumbre por tener acceso al camino público y porque el establecimiento de la servidumbre no puede presumirse sino en los casos excepcionales de la ley, debiendo la servidumbre determinarse en el título, que no puede ser otro que una escritura pública debidamente registrada. Por eso el Tribunal —al estimar que no se hacía más gravosa la servidumbre para el predio sirviente al extenderla al lote de Vargas y que éste necesitaba de tal servidumbre para su servicio, aplicó indebidamente los expresados textos y violó los arts. 760, 1760, 1500, 2594 y

2658 del Código Civil y 9º de la ley 95 de 1890, porque se consideró como título suficiente para la constitución de la servidumbre la escritura 293 de 1920.

III

Los tres primeros cargos —y por ello se les considera conjuntamente— se basan todos en la siguiente tesis sostenida por el recurrente:

Para la constitución de una servidumbre de tránsito es indispensable que, en la respectiva escritura pública, se determinen con precisión, y por sus linderos, tanto el predio dominante como el predio sirviente, y que, en el supuesto de que para la determinación exacta del predio sirviente fueran admisibles elementos extraños al respectivo instrumento público, en el caso presente no se llegó a demostrar que la finca del demandante, tal como figura descrita en la demanda, fuera el predio sirviente en relación con el fundo de que habla la escritura que se invoca como título de servidumbre.

En relación con esta tesis que el recurrente repite al fundamentar cada uno de los tres primeros cargos, la Corte considera:

1º Los principios consagrados por nuestra ley respecto al título mismo de constitución de las servidumbres discontinuas y aparentes, en los textos que el recurrente cita como violados, se reducen a esto: a) Debe constar en escritura pública (art. 760); b) Dicha escritura debe ser registrada (arts. 759, 760 y 2652); c) En esa escritura pública —que puede ser especial para la constitución de la servidumbre o referirse principalmente a otro contrato distinto, como a una enajenación en que se estipule accesoriamente la constitución de la servidumbre— debe el dueño del predio sirviente expresar su voluntad de constituírla y el dueño del predio dominante su voluntad de aceptarla (art. 760).

Esos y no otros son los requisitos exigidos en los arts. citados por el recurrente para el título constitutivo de la servidumbre.

2º Respecto de las expresiones, términos, palabras o locuciones empleadas para la constitución de la servidumbre (no se habla por el momento de linderos a los cuales se referirá la Corte adelante), nuestra ley no exige ni podía exigir fórmulas sacramentales: el juez, en cada caso, y teniendo para ello una completa libertad de apreciación, decide, en vista del modo como se han expresado las partes, si efectivamente se ha constituído una servidumbre, y con qué características, en qué extensión, y en cuáles condiciones.

"Los jueces de instancia son, por lo demás, soberanos —dicen Baudry-Lacantinerie y Chauveau— para la interpretación del título de manera de encontrar en la común intención de las partes la voluntad de establecer una servidumbre". En el mismo sentido dicen Aubry et Rau (parágrafo 250, nota 12 bis): "Observamos, sin embargo, que los Tribunales tienen en esta materia, como en las demás, el derecho de interpretar las convenciones y deducir la verdadera intención de las partes. Su apreciación a este respecto es soberana".

3º En otro orden de ideas, la ley, enfocando, no ya la cuestión especial de los requisitos propios de la constitución de servidumbres, sino la cuestión general de los requisitos que deben reunir las escrituras públicas y los registros de ellas, establece, en los textos citados por el recurrente como violados, lo siguiente:

a) Que si en el instrumento público se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de ubicación de éstos y de sus **linderos** (art. 2594); b) Que todo título o documento que se presente al registro deberá consignar claramente el nombre, la situación, **los linderos** y el valor de las fincas y las demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacer conocer perfectamente el acto o contrato.

Pero agregó el legislador, en los arts. 2654 y 2595 que la determinación de los linderos de que habla el art. 2595, **no es una formalidad sustancial cuya falta invalide el instrumento, y que no se anulará el registro por falta de los linderos,** si, "por lo que del mismo registro conste, y por lo que resulte del título al cual se refiere el registro, pueda venirse en conocimiento de lo que en tal registro se eche de menos".

4º Ninguna de las citadas disposiciones legales fue, por lo tanto, violada por el Tribunal al considerar éste que la cláusula tercera antes transcrita del contrato de 24 de febrero de 1912 es un título constitutivo de la servidumbre de tránsito de que se ha hablado, pues si bien es cierto que no aparecen allí los linderos del predio sirviente, sí aparecen los del predio dominante, y además, por una parte, constan en el propio instrumento: la situación y el nombre del predio sirviente, y el modo como éste fue adquirido (compra hecha a Joaquín Gómez) y, por otra parte, de las posiciones absueltas en primera instancia por el demandante, resulta con absoluta claridad que dicha cláusula

tercera no sólo tiene el sentido de una constitución de servidumbre de tránsito sino que tal servidumbre tiene como predio sirviente precisamente ése que el demandante alinderó en el libelo de demanda como de su pertenencia. No era indispensable, **conforme a los textos que considera violados el recurrente** —según se vio antes, al aludir a los artículos 2595 y 2654 del Código Civil— que los linderos del predio sirviente se expresaran: la expresión de la situación, del nombre y del modo como había sido adquirido y la explicación de la circunstancia de que lo vendido a Onofre Serna formaba parte del predio así determinado, **comprado por el vendedor a Joaquín Gómez,** eran bastantes para **venir en conocimiento** de lo que en el registro se echara menos, según la expresión del art. 2654.

5º Como consecuencia de lo dicho hasta aquí se puede concluír que los textos citados por el recurrente como violados ,no exigen los linderos del predio sirviente como requisito indispensable para la constitución por título de las servidumbres.

6º Aunque el recurrente no ataca la sentencia por violación de los arts. 2663 y 2665 del Código Civil, la Corte no considera improcedente (por relacionarse íntimamente el contenido de ellos con la razón fundamental reiteradamente aducida en la demanda de casación contra el fallo del Tribunal) plantear la siguiente cuestión:

Podría decirse que el Tribunal incurrió en un error de derecho al darle como le dio a la escritura 222 el valor de un título constitutivo de servidumbre de tránsito, sin expresarse en ella los linderos del predio sirviente, y que ese error de derecho condujo a la violación de los dos citados arts. 2663 y 2665, porque el primero de dichos textos exige que el registro de una hipoteca contenga los linderos de la finca hipotecada, y el segundo hace extensiva esa exigencia al registro "de la constitución de cualquier gravamen o limitación del dominio sobre inmuebles"?

La Corte, sin necesidad de entrar a estudiar el punto de si dichos textos son o no aplicables a un caso como el presente, en que no ha habido propiamente contradicción, ni siquiera disconformidad de apreciaciones acerca de la identidad y de los linderos del predio al cual se le atribuye el carácter de sirviente, estima que, ni aún en el caso de que se pronunciara por la afirmativa como resultado del estudio de ese punto, se podría casar la sentencia del Tribunal, porque, independientemente del título mismo que se ha invocado como constitutivo de la servidumbre, la parte resolutiva del fallo que se acusa encontraría respaldo suficiente **en el reconocimiento expreso de la servidumbre hecho por el demandante,** ya que al tenor del art. 940 del C. C., el título **puede suplirse** con el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Tal reconocimiento no necesita sino estos dos requisitos: que sea hecho por el actual dueño del predio y que sea hecho de una manera expresa. Por lo demás, no está sujeto a solemnidades determinadas. La ley no dice nada con respecto a la forma de dicho reconocimiento. La doctrina, con razón —lo mismo entre nosotros que en Francia, en presencia de un texto análogo— ha admitido, ante el silencio de la ley, y de conformidad con los principios generales, que tal reconocimiento puede ser unilateral y que puede ser hecho por medio de escritura pública o privada o de confesión judicial o extrajudicial. Se ha llegado hasta admitir generalmente que si existe un principio de prueba por escrito puede acreditarse el reconocimiento por medio de testigos o presunciones. (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Nº 1,095; Planiol, Ripert et Picard, Nº 952; Aubry et Rau, Nº 250, T. III; Josserand, Nº 19,189; Vélez, T. III, Nº 602).

7º En el caso presente, el reconocimiento expreso que admite el art. 940 aparece hecho en forma que no deja lugar a la más remota duda. Basta ver las respuestas dadas por el demandante, en la primera instancia a las preguntas cuarta y séptima de las posiciones que hubo de absolver:

Se le hizo al absolvente la cuarta pregunta del interrogatorio, que dice: "Dirá el mismo si es o no cierto que tiene conocimiento absoluto de que en el año de 1912, o sea el 24 de febrero, don Isaías Aristizábal Suárez le vendió a Onofre Serna, otorgándole la escritura correspondiente, un lote de terreno que hacía parte de la finca 'Mesopotamia', con la servidumbre de tránsito de que trata la demanda'. A esta cuarta pregunta contestó el absolvente: "Es cierto lo de la venta que le hizo mi padre al señor Serna, pero no es cierto que se haya comprendido en la venta servidumbre de tránsito por la parte de arriba de la finca, servidumbre ésta a la cual se refiere la demanda; por la parte de abajo de la finca sí se le dio al señor Serna servidumbre de tránsito"... Se le hizo la séptima pregunta del interrogatorio, que dice: "Dirá el mismo si es o no cierto que cuando murió su padre ya tenía gravada su finca 'Mesopotamia' con la servidumbre de tránsito de que habla la demanda, toda vez que ya la había vendido a

Onofre Serna, demandado". A esta séptima pregunta contestó el absolvente: "Es cierto que la finca estaba gravada con servidumbre por la parte de abajo, pero no es cierto que estuviera gravada con servidumbre por la parte de arriba, servidumbre ésta última a la cual se refiere la demanda".

Nada importa que ese reconocimiento haya sido hecho en posiciones rendidas durante el juicio, es decir, después de trabada la litis.

Con esas posiciones no se **creó** el derecho de servidumbre, sino que se confesó la existencia de él. Esa confesión **suple** el título constitutivo, al tenor del art. 940, y con mayor razón, suple, subsana o remedia las deficiencias o imperfecciones del título mismo que, en el peor de los casos, podría a su vez representar, al menos, otro reconocimiento expreso hecho con anterioridad al contenido de las posiciones y complementado por éstas y por las demás constancias del proceso.

8º Durante las instancias se discutió con mucho empeño la cuestión de si la servidumbre en referencia era "por la parte de arriba" del predio de Aristizábal, o "por la parte de abajo". El Juez, tras prolijo examen de las pruebas aducidas para respaldar una y otra tesis, llegó a la conclusión de que la servidumbre se había establecido "por la parte de abajo", y que, por consiguiente, era procedente prohibirles a los demandados hacer uso de la senda o camino que han querido establecer, y que cruza la finca del demandante, para salir al camino público que conduce a Circasia. Pero el Tribunal —fundándose en que la "petición esencia (de la demanda) es la de que se declare que la finca del demandante **no debe servidumbre de tránsito** a los predios de los demandados", no entró a decidir, porque no lo consideró pertinente, si los demandados tenían derecho a la servidumbre "por la parte de arriba", o si ésta sólo podía ejercerse "por la parte de abajo", sino que decidió lisa y llanamente que **sí existía una servidumbre** de tránsito en favor del predio de Onofre Serna sobre el predio de Isaías Aristizábal. En el recurso no se ataca la sentencia por ese concepto: no se le hace a ésta cargo alguno porque el Tribunal considerara que la petición esencial de la demanda es la que se declare que la finca del demandante no debe servidumbre de tránsito a los predios de los demandados, y que no siendo posible esa declaración, tampoco podía hacerse la consecuencia en el sentido de prohibir a los demandados hacer uso de determinada senda o camino. En otros términos: la cuestión que tan ardientemente se debatió en las instancias no fue materia del recurso ni tiene, en consecuencia, por qué ocuparse de ella la Corte.

En cuanto a los cargos cuarto y quinto formulados por el apoderado del actor contra la sentencia recurrida, la Corte considera:

"Dividido el predio dominante —dice el art. 850 del C. C.—, cada uno de los nuevos dueños gozará de la servidumbre, pero sin aumentar el gravamen del predio sirviente".

Contra la aplicabilidad de este texto al caso en cuestión, el recurrente— para fundar los cargos cuarto y quinto, concernientes a error de hecho evidente y a error de derecho en la apreciación de la escritura 293 de 18 de febrero de 1920, así como a aplicación indebida del texto transcrito y de los arts. 905 y 908— alega lo siguiente:

a) Que no hay prueba de "que el terreno comprado por Vargas haga parte del terreno que Serna compró a Aristizábal".

b) Que al admitir que el predio de los herederos de Vargas goza de la servidumbre en referencia, se aumenta el gravamen del predio sirviente.

c) Que el art. 890 sólo se refiere "a la división de los predios, esto es, cuando forman una comunidad o una herencia".

d) Que cuando la heredad dominante se subdivide sólo gozan de la servidumbre aquellos lotes que necesitan del servicio, y, en el caso presente, el lote de los herederos de Vargas, por tener acceso al camino público, no necesita la servidumbre.

e) Se consideró como título suficiente la escritura 293, a pesar de que en ella no se menciona la servidumbre, ni aparece en ella el ánimo de Serna de gravar en favor del predio de Vargas el resto del terreno que le quedaba a aquél.

Respecto de la primera de esas alegaciones basta observar que en la escritura 293, del modo más explícito y terminante, afirma y explica Serna que el lote que le vende Vargas forma parte del que aquél le había comprado a Isaías Aristizábal. No sólo no hay nada en el expediente que desvirtúe esa afirmación, sino que todo en el juicio contribuye a relievar la exactitud de ella, pues hasta la misma forma como Isaías Aristizábal alindera y determina en su demanda el lote de Vargas guarda armonía perfecta con lo aseverado por Serna en el sentido de que forma parte del terreno comprado a Aristizábal a que se refiere la escritura Nº 293.

Por lo que hace a la segunda de las alegaciones resultan absolutamente procedentes, para descartarla, las siguientes justísimas palabras de Baudry-Lacantinerie et Chauveau, quienes, al comentar el art. 700 del Código de Napoleón, igual al 890 de nuestro código, dicen: "A pesar del aumento del número de sus titulares, la servidumbre subsiste pero la condición del predio sirviente no puede ser agravada. La aplicación de la regla es muy sencilla: si la servidumbre es continua, como hecha se ejerce sin el hecho actual del hombre, el número de los titulares no acarrea, en derecho, ninguna modificación; si ella ha sido constituída para el provecho directo del predio dominante, en vista de las necesidades mismas del inmueble, como una servidumbre de tránsito para la explotación de una finca o una servidumbre de irrigación, **la división del predio no aumenta ni el servicio que recibe ni el gravamen del predio sirviente**". Comentando en ese mismo sentido el art. 890 de nuestro Código Civil, dice con mucha razón el doctor Antonio José Uribe: "... el aumento del gravamen se refiere a **cambio** de la servidumbre, como lo da a entender el inciso 2º del art. 844 y no el número de personas que, sin alterar la servidumbre misma, la gocen más activamente, como en la de tránsito que, destinada primero a un solo propietario, pasa luégo a servir a muchos".

Contra la tercera de las expresadas alegaciones puede observarse que la doctrina jurídica unánimemente ha admitido que al hablar el legislador de división del predio dominante, no pretendió ni remotamente circunscribir el alcance de la disposición en la manera limitadísima como pretende el recurrente: "Esta regla —dicen Aubry et Rau, refiriéndose al art. 700 del código francés, en donde se emplea exactamente el mismo término— se aplica no solamente al caso en que el predio dominante sea poseído en común por los diversos co-propietarios, sino también a aquél en que se encuentre dividido entre ellos por consecuencia de una partición o de una enajenación parcial". Por su parte, Planiol et Ripert advierten, en el mismo sentido muy explícitamente, al referirse al mismo texto, que "poco importa la causa de la división". Baudry-Lacantinerie et Chauveau son todavía más explícitos y terminantes: "El art. 700 —dicen ellos— se aplica cualquiera que sea la causa de la división del fundo dominante; por consiguiente, en la hipótesis de enajenaciones parciales, el propietario del fundo sirviente no puede reclamar perjuicios al vendedor, antiguo titular de la servidumbre..."

Respecto de la cuarta de las precitadas alegaciones, la Corte reconoce que sin duda es, en términos generales, exactísimo el principio de que al dividirse el predio dominante, la servidumbre sólo subsiste con relación a los lotes o parcelas con respecto a los cuales sea necesaria. Pero ese principio, que tiene su natural campo de aplicación en lo concerniente a las servidumbres legales, nada tiene que ver con las servidumbres voluntarias constituídas por título o confesadas por el reconocimiento expreso, pues, como lo advierte muy justamente el doctor Uribe, las reglas generales sobre los derechos del dueño del predio dominante, entre las cuales se cuenta esa de que la servidumbre sólo subsiste, dividido el predio, con respecto a los lotes que la necesiten, puede sufrir modificaciones, y una de éstas es la de que "cuando las servidumbres se han establecido por título, ya consista éste en un acto entre vivos, en sentencia del juez o en una disposición testamentaria, los derechos del propietario del fundo dominante se regulan por las prescripciones mismas de tal título, y en caso de duda, se determinan según las reglas generales sobre interpretación de las convenciones y de los testamentos". Claro está que lo que se dice del título se entiende del reconocimiento expreso.

Finalmente, si bien es cierto que en la escritura número 293 no se menciona la servidumbre ni aparece el ánimo de Serna de gravar, en favor del predio de Vargas, el resto del terreno que le queda a aquél, es obvio que tal consideración es improcedente tratándose como se trata en este caso de un litigio entre Isaías Aristizábal y Vargas, y no de un litigio entre Serna y Vargas.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **no infirma** el fallo acusado dictado por el Tribunal de Pereira con fecha primero de octubre de mil novecientos treinta y cuatro.

Sin costas.

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.

BIENES DE USO PUBLICO.—VIAS PUBLICAS. —NULIDAD DE LAS ENAJENACIONES DE VIAS PUBLICAS.—ARMONIA ENTRE LAS DISPOSICIONES CONCERNIENTES A ESA NULIDAD Y LAS DISPOSICIONES QUE SEÑALAN LAS FUNCIONES DE LOS CONCEJOS EN RELACION CON ARREGLO Y EMBELLECIMIENTO DE CALLES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Hechos

1. Por escritura pública Nº 1,050 de 26 de octubre de mil novecientos seis, de la Notaría 5ª de Bogotá, la señora Ana Rosa Zapata viuda de Vergara y el señor Daniel Zapata vendieron al señor Roberto Tobón un inmueble situado en Bogotá, en la esquina nordeste del cruzamiento de la carrera 7ª con la calle 14. En las cláusulas 5ª y 6ª del mencionado instrumento se lee lo siguiente: "Advierten los vendedores que hace parte de la casa que venden y se comprende en esta venta el callejón o pasadizo que atraviesa el edificio que está construyendo el señor Julio Zapata, contiguo al norte de la casa de que se trata y que sirve para comunicar el interior de ésta con el pasaje que a través del edificio mismo citado se ha hecho para conectar la callejuela de la orilla del río San Francisco con la carrera 7ª El expresado pasadizo de propiedad de la casa que hoy venden a Tobón, tiene de largo veintitrés metros sesenta centímetros; de alto tres mestros setenta centímetros; de ancho en la parte más regular, dos metros setenta y cinco centímetros, siendo más ancho al comenzar de la casa hacia el norte en una extensión de más de dos metros y un metro cuarenta centímetros en las partes más angostas de los arcos y machones.

A favor de este pasadizo se establece a perpetuidad la servidumbre de luz de cinco ventanas que hay en el costado oriental de él y una que se colocará en el costado occidental en lugar de la puerta que hoy existe, igual, dicha ventana, a una de las del costado oriental, o sea de dos metros veintiocho centímetros de alto y un metro quince centímetros de ancho, que es la medida de cada una de aquéllas. En esas ventanas no podrá hacerse alteración alguna ni en ningún caso podrá quitarse la luz que por ellas recibe el callejón mismo y parte del interior del edificio del señor Julio Zapata, al cual le entra algo de luz por la ventana del costado occidental del callejón. Esas seis ventanas las mantendrá el dueño del edificio guarnecidas de rejas de hierro fuertes y de vidrios deslustrados que impidan la vista hacia el pasadizo que hoy compra Tobón. También tiene el edificio del señor Zapata la servidumbre de dos desagües de la casa que venden, establecida dicha servidumbre por cañerías que van directamente al río San Francisco.

La casa de que se trata queda con la servidumbre de luz a favor del edificio mencionado del señor Julio Zapata, la que recibe por cuatro ventanas que dan sobre el último patio de la casa que se vende, una en la parte alta del edificio, que tiene un metro cuarenta y cinco centímetros de ancho por sesenta centímetros de alto, y tres en la parte baja, o almacén de dicho edificio, que tiene cada una un metro cincuenta y cinco centímetros de alto por un metro sesenta centímetros de ancho. Esas ventanas estarán guarnecidas de rejas de hierro fuertes y de vidrios opacos que impidan la vista sobre el predio sirviente, todo a costa del señor Julio Zapata o sus sucesores. La servidumbre se ejercerá en los términos establecidos por la ley para esa clase de servidumbres, pero en ningún tiempo se podrá privar de la luz al predio dominante sin que esto prive al predio sirviente del derecho de elevar el edificio sobre las paredes sirvientes".

2. En la parte final de la precitada escritura se lee: "presente el señor Julio Zapata... dijo: que concurre al otorgamiento de esta escritura por razón de lo estipulado en las cláusulas 5ª y 6ª de ella respecto del edificio del exponente contiguo al lote materia del contrato que consta en la presente escritura; manifestó que acepta y cumplirá dichas cláusulas en todas sus partes".

3. Veinte años más tarde las mismas personas que aparecen como vendedoras en la escritura antes citada y los señores Eduardo Vergara Zapata, Manuel José Uribe y doña María Arango de Jaramillo, diciéndose todos ellos propietarios del edificio que había sido de don Julio Zapata, aludido en el instrumento público citado ya, ce-

lebraron con el Personero Municipal de Bogotá un contrato que después de haber sido aprobado por el Concejo, se elevó a escritura pública en la Notaría 1ª de Bogotá el 18 de octubre de 1926, bajo el número 2,450, y que, en lo pertinente es de este tenor: "Los suscritos Ana Rosa Zapata de Vergara, María Arango de Jaramillo y Manuel José Uribe son dueños del inmueble situado en esta ciudad sobre la carrera séptima, en la intersección que hoy forma esa carrera con la proyectada Avenida Jiménez de Quesada, marcada con los números 588-D a 588-G de la carrera séptima, cuyos linderos generales son éstos: por el norte, con el río San Francisco; por el oriente, en parte, con la ronda del río San Francisco; y en parte con la casa del doctor Eduardo Santos; por el sur, con casa de los herederos de José María Sierra y Zoraida Cadavid de Sierra; y por el occidente, con la carrera séptima de esta ciudad. La propiedad y linderos de este inmueble constan en la escritura pública Nº 123 otorgada en la Notaría 3ª de Bogotá el 29 de enero de 1925.

. . . . . .

. . . . . .

Habiéndose aprobado por el Municipio los planos en virtud de los cuales la Avenida Jiménez de Quesada, sobre la zona cubierta del río San Francisco en la cuadra comprendida entre las carreras séptima y sexta, debe seguir la línea del paramento norte del Edificio Zapata, prolongándose tal línea hasta la carrera sexta, el Municipio conviene en hacer desaparecer la antigua callejuela que existía al lado sur del río y a la cual se entra por el referido Edificio Zapata, avanzando el Municipio el frente de esa Avenida hasta la línea trazada conforme al plano aprobado de que se ha hecho mérito. En tal virtud, las señoras Ana Rosa Zapata de Vergara, María Arango de Jaramillo y los señores Daniel Zapata y Manuel José Uribe, transfieren a favor del Municipio de Bogotá, en pleno dominio o propiedad, el frente que ese edificio tiene en su costado oriental sobre la ronda del río San Francisco, pudiendo, en consecuencia, el Municipio cerrar ese frente y enajenar la zona correspondiente sobre ese lado; y al mismo tiempo conviene el Municipio en eliminar las salidas que por ambos lados daban a la calle y a la carrera séptima de esta ciudad y la consiguiente servidumbre que tiene dicho Edificio Zapata. La pared del frente del edificio de los señores Zapata y Uribe, que se cierra por este contrato, ha sido construída por los dueños del edificio y es y continúa siendo de su propiedad, debiendo cerrarse las puertas y ventanas que hoy existen.

4º De conformidad con lo expresado en la referida cláusula, se cerró el pasaje que, por el Edificio Zapata, comunicaba la ronda del río San Francisco con la carrera séptima y con ello quedó eliminada la servidumbre a que se refiere la escritura transcrita en lo pertinente. La mencionada ronda del río San Francisco, en parte desapareció por virtud de edificaciones que se hicieron continuando el paramento del Edificio Zapata, y en parte existe, con su nivel muy levantado, confundida con la Avenida Jiménez de Quesada, la cual vino a reemplazar, mediante los rellenos y demás obras adecuadas, el cauce del río San Francisco.

5º Como consecuencia de tales obras, el pasadizo vendido al señor Tobón quedó sin salida hacia el norte y sin la luz que por medio de la cláusula 6ª de la escritura 1050 se le quiso asegurar.

Apoyándose en lo últimamente expuesto demandó ante el Juez del Circuito de Bogotá al Municipio, a la señora Ana Rosa Zapata de Vergara y al señor Daniel Zapata, en primer término para que se declarara nulo, lo mismo que el respectivo instrumento público y su inscripción, el contrato que se hizo constar en la referida escritura Nº 2,450 de 18 de octubre de 1926, y en segundo término para que se hicieran las siguientes declaraciones, que se transcriben textualmente por las razones que adelante se verá:

"Tercera.—Que se condene solidariamente a los demandados Ana Rosa Zapata de Vergara y Daniel Zapata a ponerme en el goce pacífico y perfecto del pasadizo que me vendieron por la cláusula quinta de la escritura pública Nº 1,050 de 26 de octubre de 1906, otorgada en la Notaría 5ª de esta ciudad, con su salida a la calle quince y a la carrera séptima, tal como se indica en la referida cláusula, hecho que deben ejecutar los demandados tres días después de la ejecutoria de la sentencia. Y, en defecto de esta declaratoria, pido que se les condene a pagarme por vía de saneamiento la suma que valga el pasadizo y el perjuicio que sufra la propiedad que ellos me vendieron por el demérito consiguiente a la falta de la salida a la casa y carrera mencionadas.

Cuarta.—Que se condene solidariamente a los mismos demandados Zapatas a ponerme, tres días después de la ejecutoria de la sentencia, en el goce perfecto, completo e irrevocable de todas las servidumbres de que trata la cláusula quinta, citada, con la colocación de las ventanas allí estipuladas, o a

pagarme en su defecto por vía de saneamiento, el menor valor que por esa causa sufra la propiedad, con las consecuencias que al respecto contempla la ley.

Quinta.—Que se condene solidariamente a los mismos demandados Zapatas a pagarme en los casos arriba previstos los perjuicios que con la cerrada de las salidas del pasadizo a la calle quince y a la carrera séptima, con la cerrada de ventanas y la privanza de otros derechos, se me han causado y se me causen a contar desde cuando quedó privada la salida, hasta que se restablezca".

II

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de Bogotá, ante el cual apeló el señor Tobón de la sentencia absolutoria para los demandados dictada por el señor Juez 6º del Circuito, confirmó el fallo de éste en todas sus partes, fundándose en las razones que la Corte va a sintetizar cuidadosamente, para facilitar las alusiones que más adelante han de hacerse a ellas.

Respecto de las declaraciones sobre nulidad de la escritura Nº 2450 y del contrato en ella contenido, el Tribunal, considerando que eran dos los fundamentos aducidos por el actor al respecto (haberse dispuesto, sin intervención de éste, de bienes de su propiedad en ese contrato, y haber vendido el Municipio bienes de uso público), dijo, en cuanto al primero de tales fundamentos: Que ni él es causa de nulidad absoluta de un contrato, ni en el citado contrato se dispuso de bienes de propiedad del demandante, y en cuanto al segundo: a) Que no se había probado que el pasaje fuera un bien de uso público nacional, departamental o municipal, sino que, por el contrario, de las pruebas presentadas por el mismo demandante resultaba que era necesario considerar dicho pasaje, mientras no se probara lo contrario, como un accesorio del Edificio Zapata, perteneciente a los dueños de éste; b) Que, en cuanto al derecho reconocido a favor del público para transitar por dicho pasaje, lo que ocurrió fue que el Municipio, en cumplimiento de las funciones atribuídas por el art. 4º de la ley 97 de 1913 y por el ordinal 4º del art. 7º de la ley 72 de 1926, para sustituír la incómoda y antihigiénica vía antes existente, por la cómoda que hoy existe con el nombre de Avenida Jiménez de Quesada, necesitaba elevar y elevó el nivel de la antigua callejuela con lo que necesariamente venía a quedar, como quedó, cerrada la salida que sobre dicha callejuela tenía el pasaje, y terminada la servidumbre a través del Edificio Zapata; c) Que no era posible decretar la nulidad del expresado contrato en este juicio por no haber sido citados a él todos los que intervinieron como contratantes y adquirieron, en consecuencia, por razón de dicho contrato, derechos que no pueden afectarse con el fallo dictado en un pleito en que no han sido partes.

En cuanto a las peticiones 3ª, 4ª y 5ª de la demanda, el Tribunal expuso: a) Que la 3ª y 4ª constituyen el ejercicio de una acción de saneamiento improcedente, ya porque no ha habido evicción, ya porque dicha acción se refiere a perturbaciones que tengan una causa anterior a la venta, y que, en todo caso, la obligación de amparar al comprador en el goce de las servidumbres no estaría a cargo de los vendedores sino a cargo de Julio Zapata; b) Que la 5ª petición, por haber sido propuesta como consecuencia de la acción de saneamiento, no podía prosperar, pero que aun considerándola como acción de perjuicios independientes había que desecharla por haber sido propuesta contra los demandados Zapatas como signatarios del contrato consignado en la escritura 2,450, cuyas estipulaciones no comprometen ni perjudican sino a los contratantes, entre los cuales no figura el señor Tobón.

III

Fundamentos del recurso

Contra la sentencia del Tribunal formuló el demandante, por medio de apoderado, tres cargos que la Corte —esmerándose en captar el sentido jurídico de los razonamientos que el recurrente diluye en abundantes consideraciones históricas, políticas, sociales, financieras y morales— sintetiza así:

Primero.—El Tribunal incurrió en el error de considerar que se había alegado como fundamento de nulidad del contrato contenido en la escritura 2,450, el hecho de haber dispuesto los demandados, sin intervención del demandante, de bienes de su propiedad por medio del citado contrato. No dice el demandante, ni sugiere, ni alcanza a ver la Corte, cuál sea la disposición legal violada con ello.

Segundo.—El Tribunal incurrió en un error al estimar que por medio de la precitada escritura 2,450 "no se dispuso por nin-

guno de los contratos de bienes de propiedad del demandante", siendo así que por la cláusula 5ª de dicho instrumento los demandados Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara, veinte años después de venderle a Tobón la casa de la calle 14 con su pasadizo destinado a darle salida por el norte, le otorgan al Municipio, como propietarios ya del Edificio Zapata, la facultad de cerrar el frente oriental de dicho edificio, de enajenar la zona adyacente y de eliminar las salidas sobre la callejuela y sobre la carrera 7ª, lo mismo que la consiguiente servidumbre que sobre dicho edificio pesaba. Con ello, según el recurrente, violó el Tribunal los arts. 1494, 1602, 1603, 1612 a 1614, 1615 y 1893 del C. C. y el 19 de la Constitución Nacional.

Tercero.—El Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho, por falta de estimación de las pruebas presentadas por parte de Tobón, al considerar que no se había probado que fuera una vía pública lo vendido a la familia Zapata por el Municipio, en virtud del contrato contenido en las tántas veces citada escritura 2,450, y como consecuencia de ello el Tribunal violó el art. 15 de la ley 95 de 1890, los arts. 318, 320 y 323 del C. de Policía y los arts. 6º, 1740, 1741, 1521 y 1523 del C. C.

IV

Examen de los cargos

El contrato contenido en la escritura pública Nº 1,050 de 26 de octubre de 1906 de la Notaría 3ª de Bogotá, que en lo pertinente fue transcrito al principio de la presente sentencia, en que intervinieron como contratantes, por una parte, Roberto Tobón; por otra parte, el señor Daniel Vergara y la señora Ana Rosa Zapata de Vergara, y finalmente, por otra parte, el señor Julio Zapata, es, como se desprende de la misma enunciación que acaba de hacerse, una convención tripartita, lo cual, por obvio que parezca, es necesario poner de manifiesto como base de las consideraciones que se harán más adelante, para evitar las confusiones en que en este negocio se ha incurrido por olvido o descuido de esa verdad elemental.

En ese contrato intervinieron el señor Daniel Zapata y la señora Ana Rosa Zapata de Vergara únicamente como vendedores del inmueble allí descrito y del callejón o pasadizo adyacente destinado a comunicar el interior de la casa con el pasaje que por entonces atravesaba el edificio del señor Julio Zapata para comunicar la carrera séptima con la ronda del río San Francisco.

En el mismo contrato intervino el señor Julio Zapata en su calidad de propietario del inmueble conocido con el nombre de Edificio Zapata (nombre con el cual se le seguirá designando en esta sentencia, para mayor claridad). La intervención del señor Zapata en ese carácter tuvo por finalidad: a) Constituir en favor del inmueble comprado por el señor Tobón la servidumbre de luz a que se refiere la cláusula 5ª antes transcrita y la servidumbre de dos desagües a que se refiere la misma cláusula; b) Aceptar y comprometerse a cumplir las obligaciones resultantes para él, como propietario del Edificio Zapata, de la advertencia hecha en la cláusula 5ª en el sentido de que el callejón o pasadizo mencionado "sirve para comunicar el interior de ésta con el pasaje que a través del edificio mismo citado (el edificio Zapata) se ha hecho para conectar la callejuela de la orilla del río San Francisco con la carrera 7ª"; c) Aceptar la servidumbre de luz constituída por el mismo instrumento a favor del Edificio Zapata.

El señor Tobón intervino en el respectivo contrato para adquirir el derecho de dominio sobre el inmueble y el pasadizo antes descritos y los demás derechos de que se ha hablado.

Mucho tiempo después de celebrado el contrato que se deja así analizado, se celebró el otro contrato, a que tan repetidamente se ha aludido, consignado en la escritura pública Nº 2,450 de 18 de octubre de 1926, y en armonía con lo allí pactado se ejecutaron las obras de eliminación de las salidas del pasaje del Edificio Zapata, levantamiento del nivel de la que hoy es Avenida Jiménez de Quesada, etc., que dieron como resultado los hechos de que se queja el señor Tobón, a saber: haber quedado sin salida, por el norte, el pasadizo o callejón anexo a la casa que él comprara en 1906 y haber sido privado éste de la luz que se le quiso asegurar al constituír la servidumbre de que antes se habló.

Tampoco está por demás advertir en este lugar que el contrato contenido en dicha escritura 2,450 de 18 de octubre de 1926 fue celebrado por el Personero Municipal de Bogotá, debidamente autorizado por el Concejo, con los que entonces eran propietarios del Edificio Zapata, entre los cuales aparecen el señor Daniel Zapata y la señora Ana Rosa Zapata de Vergara, siendo de notar que sobre la calidad de dueños del edificio

que ellos y los demás contratantes tuvieran, nada se afirmó en la demanda y ninguna prueba aparece en el expediente distinta de la afirmación por los mismos interesados hecha en la cláusula primera de la escritura 2,450.

Dadas las circunstancias que se dejan anotadas de que el señor Tobón adquirió derechos, por una parte, de los vendedores Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara, y por otra parte, del propietario del Edificio Zapata, y de que el pasadizo quedó sin salida por el norte y sin luz debido a las obras que el Municipio y los propietarios llevaron a cabo en parte como consecuencia del mismo contrato de 18 de octubre de 1926, es necesario, en orden a la claridad, distinguir y delimitar estas tres cuestiones:

1ª El Municipio es responsable de los perjuicios sufridos por Roberto Tobón en virtud de haber quedado sin salida por el norte y sin luz el pasadizo adyacente a la casa de la calle 14, y puede Tobón demandar por ello indemnización u obligar al Municipio a volverle a dar salida y luz al pasadizo?

2ª El señor Julio Zapata, como propietario del Edificio Zapata, o, mejor dicho, los sucesores de éste en el derecho de dominio sobre el expresado edificio, son responsables de esos perjuicios o pueden ser obligados por éste a volverle a dar salida y luz al callejón?

3ª Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara han faltado a sus obligaciones de vendedores para con Tobón o tienen actualmente que cumplir para con éste obligaciones de saneamiento por evicción o vicios redibitorios o en alguna otra forma tienen, en su carácter de vendedores del inmueble de la calle 14 alguna responsabilidad contractual que implique para Tobón derecho a ser indemnizado por ellos?

La Corte no puede entrar a decidir en esta sentencia ninguna de las dos primeras cuestiones, por la sencilla razón de que ellas no han sido del presente litigio, como que no fueron planteadas en la demanda ni lo fueron, ni podían serlo por consiguiente en el recurso.

En efecto: por lo que respecta a la primera de las indicadas cuestiones, basta observar que el Municipio fue demandado única y exclusivamente para que, con audiencia de él, se declarara la nulidad del contrato contenido en la escritura 2,450.

Y en lo que atañe a la segunda de las cuestiones antes indicadas, es obvio que ni el demandante hizo peticiones al respecto en una forma concreta y directa ni hay en la demanda nada que pueda razonablemente conducir a interpretarla en el sentido de que esa cuestión quedó planteada como materia de decisión.

Por el contrario, como ya lo observó el Tribunal, las peticiones tercera, cuarta y quinta, se refieren a declaratoria sobre saneamiento dirigidas contra los vendedores de la casa de la calle 14, en su carácter de tales.

Por otra parte, todo, en esas peticiones, hace ver hasta la saciedad que a Ana Rosa Zapata de Vergara y a Daniel Zapata no se les demandó como propietarios del Edificio Zapata para que cumplieran obligaciones correlativas al derecho de servidumbre constituido en favor de la casa comprada por Tobón, sino que se les demandó como vendedores de esta casa para el cumplimiento de obligaciones contraídas en ese carácter de vendedores, y subsidiariamente para que indemnizaran los perjuicios resultantes de la infracción de las obligaciones contraídas por ellos por razón de la venta.

En ninguno de los hechos de la demanda se afirma que Ana Rosa Zapata de Vergara y Daniel Zapata, sean propietarios del Edificio Zapata, ni se sugiere siquiera que en ese carácter y como sucesores de ese dominio, del señor Julio Zapata, tengan obligaciones para con Tobón o sean responsables de perjuicios por actos de turbación o embarazo en el ejercicio de las servidumbres que tienen como predio dominante el de Tobón y como predio sirviente el Edificio Zapata.

En ninguna parte de la demanda se dijo o se hizo alusión al hecho fundamental de que el señor Julio Zapata había concurrido al otorgamiento de la escritura 1,050 de 26 de octubre de 1906 para constituír, como propietario del Edificio Zapata, las servidumbres antes aludidas. Por el contrario, la demanda toda parte de la base de que fueron Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara, y no Julio Zapata, quienes constituyeron esas servidumbres y quienes contrajeron las obligaciones correlativas, y si alguna duda quedare sobre esto, tal duda desaparecería con la lectura de los alegatos de la parte demandante, en los cuales frecuentemente se encuentran apreciaciones como las que se van a copiar, que ponen de manifiesto la exactitud de la afirmación que se ha hecho: "En consecuencia queda demostrado que con el contrato que contiene la escritura 2,450, los señores Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara desconocieron los derechos de propiedad que ellos

mismos le enajenaron al señor Roberto Tobón sobre el pasadizo de que trata esta demanda; no cumplieron con el deber de respetar la salida del pasadizo que en plena propiedad le vendieron a Tobón, ni siquiera las servidumbres de desagüe y de luz que ellos mismos establecieron en favor de la casa que fue objeto de aquella venta"..... "Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara —insiste el demandante en el memorial de casación— violaron el contrato de 26 de octubre de 1906, que consta en la escritura 1,050..... y sacrificaron los derechos de Roberto Tobón que le vendieron por esa cláusula"..... "Se ha demandado sólo a los señores Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata —concluye en el mismo sentido el recurrente— porque ellos le vendieron a Tobón por la escritura 1,050, lo mismo que ellos, o el Municipio por ellos, le arrebataron por la escritura Nº 2,450".

Así, pues —y como se ve, las anteriores transcripciones no dejan duda alguna al respecto—, la demanda no enfocó sino la tercera parte de las cuestiones arriba planteadas, con respecto a la cual cabe observar lo siguiente:

Si se tiene en cuenta que el señor Julio Zapata, como propietario del Edificio Zapata, concurrió al otorgamiento de la escritura Nº 1,050 precisamente "por razón de lo estipulado en las cláusulas 5ª y 6ª de ella, respecto del edificio del exponente, contiguo a la finca materia del contrato, "y para manifestar que aceptaba y cumpliría dichas cláusulas en todas sus partes, y si se tiene en cuenta, por otra parte, la circunstancia obvia de que sólo él, como dueño del Edificio Zapata, podía constituír las servidumbres de que se habla en las cláusulas 5ª y 6ª y darlo al pasadizo o callejón comprado por Tobón salida a la carrera 7ª y a la ronda del río San Francisco, por el pasaje que atravesaba el Edificio Zapata, se ve claramente que los vendedores Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara tenían que limitarse y se limitaron a contraer la obligación de transferirle a Tobón la propiedad del inmueble y del pasadizo en sí mismo independientemente de la posibilidad de comunicarse por medio de él con la carrera 7ª y con la ronda del río San Francisco e independientemente también de la servidumbre de luz y de desagüe.

Y esa obligación que como vendedores contrajeron Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara aparece cumplida, según todas las pruebas que obran en autos. Más aún: ninguna afirmación concreta ha hecho el demandante sobre incumplimiento de tal obligación. Lo que sucede es que el demandante, atribuyéndole a los vendedores Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara obligaciones que no contrajeron ellos sino Julio Zapata, y confundiendo los derechos de servidumbre constituídos a favor del predio del actor y a cargo del Edificio Zapata, con la operación, completamente distinta, de compraventa, celebrada por él con Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara, ha demandado a éstos como si hubieran incumplido o inejecutado el contrato de compraventa o como si hubiera habido evicción de la cosa vendida por ellos.

Sobre la base de las anteriores explicaciones, que la Corte ha considerado indispensables debido a la forma un poco caótica del recurso, se procede al análisis de los tres cargos formulados contra la sentencia:

Primer cargo

No merece propiamente éste el nombre de tál. Se trata más bien de una advertencia.

En efecto: el Tribunal, al referirse a las dos primeras peticiones de la demanda, tratando de captar —lo que no era fácil— el sentido de los razonamientos del actor para referirse a ellos debidamente, dijo:

"Considerados detenidamente los fundamentos de hecho de la demanda, de ellos resulta que son dos los motivos de nulidad que se alegan: haberse dispuesto, sin intervención del demandante, de bienes de su propiedad, por medio del citado contrato, y haber vendido el Municipio a la familia Zapata bienes de uso público".

Se limita el recurrente, en el primer capítulo de su acusación, a manifestar que en ninguna parte se ha alegado como fundamento de nulidad el hecho de haber dispuesto los demandados, sin intervención del demandante, de bienes de su propiedad, por medio del citado contrato 2,450. "Aquel otro punto de derecho público —agrega el recurrente, sí es motivo de nulidad absoluta..."

No dice siquiera el recurrente que hubiera habido violación de la ley como consecuencia de ese que él considera error y que en realidad no lo es, ni explica qué efectos pudo tener tal supuesto error.

De suerte que en el peor de los casos lo que hubo fue que el Tribunal se tomó el trabajo innecesario de refutar consideraciones que no se habían aducido y que hubiera podido limitarse a tratar como trató el punto de derecho público a que se refiere el recurrente y que el Tribunal estudió ampliamente, como se verá más adelante.

Segundo cargo

Bastaría para desechar este cargo hacer notar que la afirmación del Tribunal a que se refiere el recurrente fue hecha a propósito de las dos primeras peticiones de la demanda concernientes a nulidad del contrato del 18 de octubre de 1926, al analizar el primero de los motivos de nulidad que, según el Tribunal, había sido alegado por el actor. Hecha por éste la manifestación de que tal motivo no fue alegado y sustentándose como se sustentan las respectivas declaraciones del fallador de las otras consideraciones contenidas en la sentencia respecto de la única causal de nulidad que, según advertencia del recurrente, fue aducida, ninguna repercución viene a tener sobre la parte resolutiva de la sentencia la afirmación del Tribunal que el recurrente considera errónea.

Pero no quiere la Corte limitarse a exponer ese fundamento para rechazar el cargo que se estudia. Median otras muchas razones para que la Corte no lo pueda aceptar, aparte de las razones puramente técnicas de casación que también podrían invocarse.

En primer lugar, se involucran, en ese cargo, dos cuestiones, que según lo arriba explicado, deben deslindarse completamente, porque la una ha sido materia del pleito y la otra no, a saber: a) El señor Julio Zapata, como propietario del Edificio Zapata, o sus sucesores en ese derecho de dominio, pueden ser obligados por el demandante a volverle a dar salida por el norte y luz al callejón de la casa de la calle 14, o son responsables de los perjuicios sufridos al respecto por el señor Tobón?; b) Daniel Zapata y Ana Rosa Zapata de Vergara han faltado a sus obligaciones de vendedores para con Tobón o tienen actualmente que cumplir para con éste obligaciones de saneamiento o en alguna otra forma tienen en su carácter de vendedores del inmueble de la calle 14 alguna responsabilidad contractual para con Tobón? Solamente la segunda de estas cuestiones fue enfocada por el actor en su demanda, y sin embargo, en el cargo que se analiza, se involucran estos dos problemas.

En segundo lugar, cabe observar que los razonamientos del recurrente en esta parte de su recurso van especialmente encaminados a elucidar la primera de las cuestiones antes aludidas, como si ella hubiera sido objeto del pleito.

En tercer lugar no sólo se involucran en este cargo las cuestiones antes aludidas, sino que se mezclan con otra que nada tiene que ver con el presente pleito, cual es la de saber si el Municipio puede ser responsable para con Tobón por razón de las obras ejecutadas en esa zona.

Como resultado de todas esas confusiones se afirma que el Tribunal no hizo caso ni de la cláusula quinta de la escritura Nº 1,050 ni de la cláusula 3ª de la escritura 2,450 ni del dictamen pericial de folios 18 y siguientes, y que, como consecuencia de esa omisión, afirmó inexactamente que los demandados no habían dispuesto de bienes de propiedad del demandante, con lo cual, según el recurrente, violó el fallador los arts. 1494, 1602, 1603, 1612 a 1615 y 1893 del C. C. y 19 de la Constitución Nacional.

Para la Corte es obvio que el Tribunal no hizo caso omiso de tales cláusulas y de tal dictamen. Lo que hubo fue que el Tribunal tuvo en cuenta, como era de rigor, para analizar esos documentos, que no habían sido demandados don Julio Zapata o sus sucesores en el dominio del Edificio Zapata por razón de incumplimiento de las obligaciones contraídas por aquél en la escritura Nº 2,450 o por razón de perturbación en las servidumbres establecidas a cargo de ese edificio. Los demandados fueron, y el Tribunal no podía perder de vista esto, el señor Daniel Zapata y la señora Ana Zapata de Vergara como vendedores de la casa de la calle 14 y del callejón y por razón de las obligaciones que en ese carácter había contraído así como los derechos que, por razón de la venta, transfirieron al señor Tobón.

Tercer cargo

Con relación a este cargo —cargo que la Corte estudia sobre la base de la advertencia que el recurrente hizo de la manera más explícita y terminante en el sentido de que no se había aducido como motivo, fundamento, causal o razón de nulidad de la escritura Nº 2,450, el hecho de que se hubiera dispuesto, sin intervención del demandante, de bienes o derechos de éste—, la Corte considera:

"Con todas las formalidades legales, hasta la del remate público" —según lo que afirma expresamente el recurrente, el Municipio de Bogotá le cedió en el año de 1895 al señor Ignacio de la Torre, una superficie de 88 metros 10 centímetros comprendida entre el guardalado o pretil oriental del puente del San Francisco y el paramento occidental de las tiendas del cesionario, a título de permuta, con el fin de rectificar la

callejuela que del puente de San Francisco conduce al de Gutiérrez por la banda sur del río San Francisco, y con el de embellecer y mejorar aquella parte de la ciudad con la edificación que el propio señor De la Torre se comprometió a levantar en ese punto dejando "una entrada suficiente, amplia y cómoda que dé acceso a la callejuela".

Vendido por el señor De la Torre a don Antonio Izquierdo y por éste al señor Julio Zapata el inmueble en referencia con la superficie anexa de 88 metros 10 centímetros cedida por el Municipio, este último, al hacer uso del derecho que adquirió como cesionario del señor Izquierdo, ocupó una superficie de 52 metros cuadrados 20 centímetros, más de la que tenía derecho de ocupar conforme al contrato celebrado en 1895 por De la Torre con el Municipio.

Para solucionar y terminar la cuestión suscitada entre el Municipio y Zapata por la ocupación de esos 52 metros cuadrados, se celebró, el 22 de mayo de 1902, el contrato aprobado por el Acuerdo Nº 25 del propio año, conforme al cual el Municipio de Bogotá, considerando que el terreno indebidamente ocupado por Zapata "no es parte de la vía pública sino un área que ha venido a formarse sobre lo que podría antes considerarse como aire del río San Francisco", le vendió a Zapata esa superficie de 52 metros cuadrados con 20 centímetros, delimitada así: por el sur, con casa de Zapata; por el oriente, con callejuela que conduce para el puente de Gutiérrez y por el norte y el occidente con terreno del mismo señor Zapata.

Fundándose principalmente en los dos expresados contratos, que no han sido atacados, y que el propio recurrente presentó como pruebas sin formular el menor reparo sobre la legalidad de ellas, llegó el Tribunal a la conclusión de que no se había probado que el pasaje que atravesaba el Edificio Zapata fuera un bien de uso público nacional, departamental o municipal.

En sentir del Tribunal, existiendo esos contratos, las declaraciones de testigos sobre el hecho de que en tiempos más o menos remotos, hubiera llegado hasta la propia carrera 7ª, con el carácer de vía pública, la banda del río San Francisco, no constituían pruebas suficientes que pudieran conducir a la declaratoria de nulidad del contrato de 1926, sobre el hecho de que, a la fecha de la celebración del contrato contenido en la escritura Nº 2,450 tuviera el carácer de bien de uso público la zona ocupada por el pasaje.

No fue que el Tribunal dejara de estimar las pruebas presentadas por el demandante ni que hiciera caso omiso de las declaraciones de testigos a que se refiere el recurrente. Simplemente estimó que tales declaraciones, así como las demás pruebas aducidas, no demostraban que en 1926, cuando se celebró el contrato cuya nulidad solicita el recurrente, tuviera el carácter de bien de uso público nacional, departamental o municipal el pasaje del Edificio Zapata, y ello porque de los contratos celebrados por el Municipio con el señor De la Torre en 1895 y con el señor Zapata en 1902 resulta que fueron cedidas por aquél a éstos la zona de 88 metros 10 centímetros y 52 metros 20 centímetros en que se construyó la parte del edificio correspondiente al pasaje.

El hecho básico expuesto por el demandante, como fundamento de la declaratoria de nulidad, fue el de que el Municipio "había vendido a la familia Zapata bienes de uso público".

El Tribunal consideró que, figurando en el expediente los contratos de 1895 y 1902, no se podía considerar probado ese hecho, aunque de las declaraciones de testigos resultara que antes de las obras que se ejecutaron por virtud de tales contratos y en desarrollo de ellos, hubiera tenido el carácter de vía pública, hasta la carrera 7ª, la ronda del río San Francisco.

No está por demás advertir en este punto que a la Corte no le es dado siquiera estudiar aquí si los citados contratos de 1895 y 1902 son válidos y legales, y ello por dos razones: en primer lugar, porque el pleito no versa sobre nulidad de ellos, y en segundo lugar, porque el recurrente no ha formulado contra la sentencia acusada, el cargo de que el Tribunal haya incurrido en error al reconocerles eficacia a tales contratos para analizarlos como elementos probatorios y sacar de ellos las conclusiones que sacó.

Por lo que respecta a las consideraciones hechas por el Tribunal en relación, no ya con la propiedad del pasaje, sino con el derecho reconocido al público para transitar por él, nada dice el recurrente en su demanda de casación. En sentir del Tribunal, lo que ocurrió al respecto fue que el Municipio, en cumplimiento de las funciones señaladas por el art. 4º de la ley 97 de 1913 y por el ordinal 4º del art. 7º de la ley 72 de 1926, para sustituír la incómoda y antihigiénica vía antes existente por la cómoda que hoy existe con el nombre de Avenida Jiménez de Quesada, necesitaba elevar y elevó el nivel de la antigua callejuela, con

lo que necesariamente vino a quedar cerrada la salida que sobre dicha callejuela tenía el pasaje y de hecho terminada la servidumbre a través del Edificio Zapata.

Ese, que es fundamento esencial del fallo del Tribunal, no fue impugnado en forma alguna por el recurrente.

Nada dijo tampoco el recurrente sobre la circunstancia —que la Corte, no obstante, estima procedente analizar—, de que por la cláusula 3ª del ya citado contrato de 22 de mayo de 1902 lo que se le cedió a Zapata no fue una superficie, con derecho al suelo mismo, de 32 metros cuadrados, sino "una zona aérea sobre la callejuela, correspondiente al frente del solar de la casa del mismo señor Zapata, para prolongar el pasaje que dará acceso a dicha callejuela al través del edificio que está construyendo el señor Zapata, zona que mide 32 metros cuadrados y que linda así: por el oriente, con aire de la callejuela; por el norte, con aire del río San Francisco; por el occidente, con zona aérea adquirida por el señor Ignacio de la Torre, por el Acuerdo citado, bajo de la cual irá el pasaje mencionado, que tendrá una altura uniforme en toda su extensión y por el sur con casa del señor Zapata".

Parece, a juzgar por esa estipulación, que había dentro del pasaje una zona de treinta y tres metros, la inmediatamente contigua a la callejuela, con relación a la cual, por lo que respecta al suelo o superficie, no le hizo el Municipio cesión ni venta a Zapata. Mejor dicho: parece que la parte del pasaje situada debajo de esa zona aérea a que se refiere la cláusula 3ª del contrato de 1902 no fue adquirida por los dueños del edificio.

Pero si al hacer sus apreciaciones sobre la condición jurídica del pasaje no hizo el Tribunal alusión a eso, ni señaló la diferencia —que el recurrente tampoco anota— entre la situación jurídica y la referida zona de 32 metros y el resto del pasaje, eso no implica que el Tribunal haya incurrido, al no declarar nulo el contrato de 1926, en errores que condujeran a violación de la ley, y ello por las siguientes razones que, por otra parte, refuerzan las expuestas arriba para desechar en general el cargo que se analiza:

a) Por medio del contrato de 1926 el Municipio no enajenó en forma alguna esa superficie de 32 metros cuadrados, de que se viene hablando, situada debajo de la zona aérea a que se refiere la cláusula 3ª del contrato de 1902. De tal suerte que si el Municipio, antes o después, no ha dispuesto válidamente de tal superficie de 32 metros, ello querrá decir que el Municipio conserva allí sus derechos y que tiene las correspondientes acciones.

b) Porque lo que en ese contrato de 1926 se estipuló, en lo concerniente a concesiones, reconocimientos o transferencias de derechos a favor de los propietarios del Edificio Zapata fue, por una parte, eliminar la salida del pasaje a la callejuela y a la carrera 7ª y, por otra parte, eliminar la servidumbre que dicho edificio tenía, y respecto de una y otra cosa cabe observar, como lo observó el Tribunal, que fue el necesario levantamiento del nivel de la callejuela y de la que hoy es Avenida Jiménez de Quesada lo que determinó la obligación de esas salidas y de esa servidumbre, pues como lo anota el opositor, "hecha la canalización del río San Francisco sobre la cual se construyó una calle colindante con el pasaje o paralela a él, la servidumbre desapareció de hecho por la clarísima razón de que el Municipio elevó el terraplén hasta el nivel de la carrera 7ª, quedando tapada la salida oriental del pasaje".

c) Porque si bien es cierto que deben aplicarse con todo rigor las disposiciones concernientes a nulidad de las enajenaciones de vías públicas, no es menos cierto que, en todos los casos —y especialmente en uno como el presente de condiciones sui generis en que, sobre el cauce de un río canalizado se construyó una avenida que presta con infinitas ventajas el servicio de tránsito que antes difícilmente se hacía por una callejuela a la cual era necesario asegurarle acceso mediante el pasaje tántas veces nombrado— deben armonizarse tales disposiciones con las que señalan las funciones de los Concejos Municipales, en relación con el arreglo, embellecimiento, ensanche, trazado, etc. de las calles, para deducir las reglas jurídicas concretas conducentes al logro de la finalidad perseguida con tales disposiciones y adecuadas a las realidades. Si durante muchos años fue constante el empeño del Municipio en asegurar el derecho de tránsito para el público por un pasaje construído al través del Edificio Zapata, ello se debió a que ésa era la única forma posible de poner en comunicación la carrera 7ª con la ronda del río San Francisco y con la carrera 6ª en su confluencia con la llamada por el recurrente calle 15, en el puente Gutiérrez. Canalizado el río y creada la posibilidad de construír, mediante un apreciable levantamiento del nivel del terreno, por medio de rellenos, la que hoy es Avenida Jiménez de

Quesada, es claro que no se hizo a sacrificar esa posibilidad al capricho de conservar con su primitivo y bajísimo nivel y en sus condiciones antiguas la ronda del río San Francisco y su comunicación con el pasaje, la cual dependía, como es obvio, de la conservación del antiguo nivel de dicha ronda. Por no haberse sacrificado aquella posibilidad a este capricho, vino como consecuencia inevitable, impuesta por la realidad de las cosas, la eliminación de la salida del pasaje sobre la callejuela y la consiguiente imposibilidad para el público de transitar por tal pasaje con destino a la callejuela.

d) Porque de todos modos, y aun en el supuesto de poder admitir como fundados todos los razonamientos que hace el recurrente con el propósito de demostrar que sí se enajenó por la escritura 2,550 un bien de uso público, seguiría en pie la otra razón —no impugnada por el recurrente— que adujo el Tribunal para negarse a declarar nulo el contrato en referencia: la de que no habiendo sido demandados ni citados al juicio todos los que en el precitado contrato intervinieron, era imposible hacer una declaratoria sobre nulidad de él que a todos ellos afectaba.

No está por demás advertir a este propósito que si bien es cierto que, por aplicación del principio sobre declaración de oficio de las nulidades absolutas, puede el fallador, para los efectos del juicio en que ello ocurra, desestimar un acto o contrato presentado como prueba o como fuente de una obligación cuyo cumplimiento se persigue cuando la nulidad aparece de manifiesto, no es menos cierto que para que pueda prosperar, como acción o excepción específicamente deducida, una petición de nulidad erga omnes como la formulada por el demandante, se requerirá de todos modos citación y audiencia de todos y cada uno de los contratantes, como lo explicó muy bien el Tribunal.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia acusada dictada por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha veintisiete de abril de mil novecientos treinta y cuatro (1934).

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase oportunamente 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 DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS Y DE NULIDAD DEL REGISTRO DE UNA ESCRITURA

La ilicitud de la enajenación de las cosas cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce del litigio, establecida por el ordinal 4º del artículo 1521 del C. C., posteriormente aclarado y restringido por los artículos 42 de la Ley 57 de 1887 y 42 de la Ley 95 de 1890, tiene por fin evitar que el demandado saque de su patrimonio el dominio de tales especies y que ellas se sustraigan a la reclamación o persecución del demandante. El registro de la demanda que ordena hacer el Juez que conoce en el litigio determina para el Registrador de instrumentos públicos y privados la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación hecha por la parte demandante; y respecto de ella, y de los que contraten con ella, se ha de considerar la especie en litigio (artículo 42, Ley 95 de 1890)

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre dieciocho de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

Hechos

Alejandro Bonilla Salazar, mayor de edad y vecino de Chiquinquirá, demandó a la Comunidad Dominicada, representada por su Superior Fray José Angel Lombana, residente en la misma ciudad, a Leonidas Gómez, de la misma vecindad, y a Julia Forero, Terciaria Dominicana, conocida con el nombre de Sor Elvira, vecina de la ciudad de Leyva, con el fin de que se hicieran judicialmente las declaraciones que en seguida se sintetizan:

Que es nula la diligencia de registro verificada en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados de Saboyá el 1º de marzo de 1924, en el tomo primero del Libro primero, folio 82, partida 53, referente a la escritura pública número 149, otorgada en la Notaría de Chiquinquirá ocho días después, o sea el 8 de marzo de 1924, y por la cual Miguel Bonilla González vendió al Superior de la Comunidad Dominicana un terreno con sus casas de rafa y teja, horno y chircales, enramadas y demás accesorios, ubicado en el punto denominado "La Raya", jurisdicción de Saboyá, y por linderos que transcribe la demanda. Que también es nula la diligencia de registro de la escritura número 150, otorgada en la misma Notaría y en la misma fecha ya indicada, por la cual la Comunidad Dominicana vende a Carmen Forero de Bonilla parte del inmueble, incluyendo la casa de rafa y teja, que la Comunidad Dominicana acababa de comprar a Miguel Bonilla González.

Que el dominio de los inmuebles a que se refieren las escrituras números 149 y 150 no se transfirió a los compradores allí expresados, quienes tampoco adquirieron por razón de esos títulos su posesión regular y efectiva porque su dominio lo conservó Miguel Bonilla González al morir, y lo transfirió por causa de muerte a sus hijos legítimos, entre quienes se cuenta el demandante Alejandro Bonilla Salazar, con el carácter de heredero de aquél.

Que pertenece en dominio y propiedad a la sucesión de Miguel Bonilla González el terreno y los accesorios determinados en la aludida escritura número 149.

Que es nulo absolutamente el contrato de venta que consta en la escritura número 414, otorgada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá el 21 de junio de 1924, por la cual Miguel Bonilla González vende a Julia Forero (Sor Elvira) el mismo inmueble que la Comunidad Dominicana dijo vender a

Carmen Forero de Bonilla por la escritura ya citada número 150.

Que también es nulo absolutamente el contrato de venta que consta en la escritura número 802, otorgada en la Notaría 2ª de Chiquinquirá el 25 de diciembre de 1929, por la cual Julia Forero (Sor Elvira del Niño Jesús), vende a Ramón Leonidas Gómez la misma finca que Julia Forero le había comprado a Miguel Bonilla González.

Que la Comunidad Dominicana debe restituírle a la sucesión de Miguel Bonilla González, representada por el demandante, en calidad de hijo legítimo, con sus frutos naturales y civiles, computados desde que la Comunidad entró en posesión, un lote de terreno que hace parte del alinderado en la escritura número 149, con todos sus accesorios, y que en la demanda se alindera.

Que Ramón Leonidas Gómez debe restituírle a la misma sucesión, el inmueble alinderado en la escritura número 150, con sus frutos naturales y civiles computados también desde el día en que entró en posesión.

Como hechos fundamentales de su demanda alega el actor Alejandro Bonilla Salazar ser hijo de Miguel Bonilla González y de Clara Salazar de Bonilla, que al liquidarse el juicio de sucesión de ésta, se adjudicó a su padre Miguel Bonilla González el inmueble de que habla la escritura número 149, según hijuela que el demandante presenta registrada; que su padre siguió poseyéndolo, por más de quince años, hasta el 8 de marzo de 1924, en que dijo venderlo a la Comunidad Dominicana por medio de la escritura número 149, pero sin haber celebrado real y efectivamente la venta, no obstante lo cual la Comunidad Dominicana entró a poseerlo; pero que el registro de esta escritura, verificado ocho días antes del otorgamiento de la misma escritura, no fue tampoco firmado por el Registrador, que las mismas observaciones, en cuanto a la ninguna realidad de la compraventa y en cuanto a la falta de firma del Registrador, le hace a la diligencia de inscripción en Saboyá de la escritura número 150, sobre la cual advierte especialmente que fue simulada, que no se pagó precio alguno; que la falta de la firma del Registrador anula las inscripciones o tradición de tales escrituras, cuyo dominio sobre el respectivo inmueble no lo adquirieron, ni la Comunidad Dominicana, ni Carmen Forero de Bonilla, subsistiendo en cambio el registro de la hijuela de adjudicación a favor de Miguel Bonilla González, quien, por tanto, al morir conservaba su dominio y lo transmitió a sus legítimos hijos.

En cuanto al contrato que fue materia de la escritura número 414, dice que está afectado de nulidad absoluta por falta de causa, por ser simulado o de confianza y porque Julia Forero no pagó precio alguno por ella; las mismas observaciones, para considerarlo afectado de nulidad absoluta, le hace el demandante al contrato que fue materia de la escritura número 802.

Invoca como causa o razón de la demanda estar poseyendo la Comunidad Dominicana y Ramón Leonidas Gómez, sin título legal, el inmueble determinado en la escritura número 149, que pertenece a la sucesión de Bonilla González, la de carecer de causa legal los contratos consignados en las escrituras 414 y 802, además del derecho que se desprende naturalmente de los hechos alegados.

Los tres demandados contestaron el libelo negando los hechos y el derecho en que se apoya el actor.

En cuanto a la Comunidad Dominicana, ella, por medio de su Superior, presentó demanda de reconvención, a fin de que la sucesión de Miguel Bonilla González, representada por su heredero Alejandro Bonilla Salazar, cumpliera la obligación legal de entregarle a la Comunidad, mediante tradición inscrita, el terreno que fue materia del contrato consignado en la escritura número 149, para lo cual se obligue a Alejandro Bonilla Salazar a cancelar las inscripciones o registros de varias escrituras por las cuales dicho señor les compró a sus hermanos derechos y acciones en la sucesión de Bonilla González.

Razón de esta contrademanda es la de considerar que si el vendedor Miguel Bonilla González murió sin haber hecho registrar la escritura de venta a favor de la Comunidad Dominicana, esa obligación pasó a ser de cargo de sus herederos.

A esto se opuso Bonilla Salazar estimando que precisamente en la demanda principal persigue entre otras cosas la misma entrega del terreno por haber muerto el vendedor sin haber hecho esa tradición y haber pasado el dominio del inmueble a sus herederos.

La Comunidad Dominicana presentó la escritura número 149, otorgada en Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924, debidamente

registrada, pero con fecha posterior a la notificación de la demanda y a la inscripción de ella en el registro como cosa litigiosa.

Sentencia de primera instancia. Fue favorable a la parte demandada.

Sentencia de segunda instancia. Personería:

Es de fecha 17 de febrero de 5934. Encuentra bien la personería sustantiva del demandante Bonilla Salazar porque, además de su discutida condición de cesionario de varios coherederos, hizo uso de su condición personal de heredero y pidió para la sucesión iliquida de su causante Miguel Bonilla González, sin que para representarla sea obstáculo la falta de decreto judicial sobre su calidad de heredero, porque "el carácter de heredero de una persona no se adquiere por la declaración judicial que se haga de ese carácter, sino por el hecho de la defunción del de-cujus que lo haya instituído tal, sin condición, o que por los lazos de sangre se halla en el caso de ser considerado heredero". (Casación de 20 de agosto de 1925).

Nulidad de los registros: Halla que son nulos los registros o inscripciones de las escrituras números 149 y 150, ambas otorgadas en Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924, porque tales inscripciones no fueron firmadas en el libro respectivo por el Registrador de instrumentos públicos, conforme a inspección ocular y a certificado de ese funcionario, y así lo declara con aplicación del artículo 2604 del Código Civil.

El demandante había pedido que como consecuencia de la nulidad del registro se declarara que, habiendo muerto el vendedor Bonilla González antes del registro, no había pasado el dominio de esos bienes a los compradores (Comunidad Dominicana y Carmen Forero de Bonilla), ni éstos adquirieron la posesión regular y efectiva. El Tribunal, en cambio, estima que siendo la tradición y entrega de la cosa vendida una obligación del vendedor, al tenor de los artículos 1880 y 1882 del C. C., si muere el vendedor sin cumplirla, esa obligación pasa a los herederos, según el artículo 1155 del mismo código, interpretado por sentencia de la Corte Suprema de fecha 21 de marzo de 1927 (GACETA JUDICIAL, tomo XXXIV, 54, 1ª).

La Comunidad Dominicana pide en su contrademanda que se declare que Alejandro Bonilla, como representante único de la herencia de Miguel Bonilla González, está obligado a entregar, mediante tradición inscrita, a la Comunidad Dominicana, el terreno materia del contrato consignado en la escritura 149 de 8 de marzo de 1924, y que para hacerlo debe previamente cancelar las inscripciones de las escrituras 136, de 20 de marzo y 418, de 3 de agosto, ambas otorgadas en Chiquinquirá en 1930, por las cuales Alejandro Bonilla S. compró derechos y acciones en la misma sucesión del causante Miguel Bonilla González, cancelaciones de inscripción que en caso de negativa de Alejandro Bonilla S. debe ordenársele al Registrador que las haga por cuenta del remiso (folios 39 a 40, C. ppal).

En el hecho VI de la contrademanda de la Comunidad Dominicana se dice que tales peticiones deben ordenarse... "si es que se desconoce, por errónea aplicación del artículo 1873 del C. C., la inscripción que con fecha 2 de octubre de 1930 se hizo en la oficina de registro de Saboyá de la escritura número 149, de que he hecho mérito y a que se contrae el pleito" (folio 40 vto).

El Tribunal se halló, pues, en el caso de que la Comunidad Dominicana (compradora) hizo inscribir su escritura antes de que a ella se le notificara la demanda sobre nulidad del registro anterior, pero después de registrada la demanda misma y de haberle sido notificada a otro de los reos. Y al respecto son pertinentes de transcribir las consideraciones siguientes de la sentencia, con el fin de que posteriormente se aprecie mejor el cargo en casación y el estudio de la Corte. Dice el Tribunal al respecto:

"Pero virtualmente carecen de importancia legal estas declaraciones (las súplicas de la contrademanda), si se considera que la escritura 149 aparece registrada regularmente en la oficina de Saboyá con fecha 2 de octubre de 1930, inscripción ésta que no ha sido impugnada sino por el hecho de haberse consumado cuando ya se hallaba inscrita en el libro respectivo, de aquella oficina la demanda que ha dado origen a este litigio".

"Al respecto conviene observar que cuando se verificó la inscripción del 2 de octubre se había inscrito la demanda y se había notificado al demandado Ramón Leonidas Gómez; tal inscripción no tenía por objeto transmitir el dominio del inmueble litigioso a persona distinta de la comunidad demandada, sino que, antes bien, llenaba una formalidad que le daba firmeza jurídica al contrato estipulado en la escritura 149, facilitando, hasta cierto punto, la acción del demandante, quien afirma en la excepción que aquella convención carece de valor legal por falta de causa".

Después de otra consideración menos pertinente aquí, afirma el Tribunal: "Es decir, que en este evento la inscripción del 2 de octubre no se hizo con violación de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 57 de 1887". Y concluye adelante:

"Como la escritura 149 fue registrada en forma regular el 2 de octubre de 1930, las peticiones de la demanda de reconvención carecen de trascendencia jurídica, porque habiéndose cumplido aquella formalidad a que estaba obligado el vendedor o su representante, desapareció dicha obligación y, por ende, la excepción carece de objeto".

En cuanto al registro de la escritura 150 dice que no lo decreta a cargo de la sucesión de Miguel Bonilla González por falta de súplica al respecto.

Que no es el caso de aplicar el artículo 1873 del C. C., porque las ventas que posteriormente a las escrituras 149 y 150 se hicieron entre sí los herederos, se refieren a derechos y acciones hereditarias, pero no versan sobre determinado bien.

Nulidades por simulación. El actor las pidió contra los contratos de venta de Miguel Bonilla González a favor de Julia Forero (Sor Elvira), sobre el mismo objeto de la venta de la 150, y luégo de ésta a favor de Ramón Leonidas Gómez, según escrituras números 414, de 21 de junio de 1921, y 802, de 25 de diciembre de 1929.

Respecto de la 414 el Tribunal halló que no estaba registrada, y acogiéndose a una jurisprudencia de la Corte Suprema (tomo III, N° 3777), no la decreta porque no puede declararse la simulación de contratos que se otorgaron por escritura pública, conforme a la ley, si no aparecen registradas tales escrituras: ellas no hacen fe en juicio para demostrar los contratos a que se refieren".

Respecto a la 802, en que el vendedor es el causahabiente de la 414, sentado que la 414 no puede ser declarada nula por no haberse traído al juicio con la nota de registro, como se ha dicho, dice el Tribunal que esta nulidad no pueden pedirla los herederos de Miguel Bonilla González porque en el contrato no intervino su causante, porque es convención entre terceros.

Y, finalmente, volviendo a la escritura 149, el contrato que contiene no puede tampoco declararse nulo por simulación, porque el demandante olvidó hacer súplica al respecto, pues sólo la pidió por nulidad de registro, no obstante que los hechos g) y i) del libelo sí dicen relación a la simulación. Estudiar y fallar ésta sería incurrir, advierte el Tribunal, en pluspetitio.

Esta es, sintetizada y ordenada, la sentencia recurrida ante la Corte de Casación.

Motivos alegados en casación

1ª causal: Que el Tribunal infringió directa y expresamente el artículo 1521 del C. C., e indirectamente los artículos 42 de la Ley 57 de 1887 y 42 de la 95 de 1890.

La violación directa del 1521 consiste en que el Tribunal sentenciador admite como válido el registro de las escrituras 149 y 150, verificado a solicitud del comprador-demandado con posterioridad al del libelo de demanda, cuando ésta versa precisamente sobre la propiedad de los bienes materia de dichas escrituras. Según el artículo 1521 del C. C. hay un objeto ilícito en la enajenación de especies cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce en el litigio. "La especie cuya propiedad se litiga, dice el recurrente, fue trasmitida durante el pleito, después de registrada la demanda, conforme lo reconoce el Tribunal, luego es nula esa tradición (el registro), que es el modo de adquirir el dominio", y de ahí el cargo por violación directa del 1521.

La violación indirecta de los artículos 42 de la Ley 57 de 1887 y 42 de la 95 de 1890, consiste en que el Tribunal hizo una excepción a la regla general del artículo 1521 del C. C., al considerar que el demandado sí puede obtener válidamente que se le inscriba su título en la oficina de registro cuando con esa inscripción se venga a reforzar la pretensión del demandante, como en el caso del pleito, en que la prosperidad de una alegación suya dependía del valor legal que el registro le daba al contrato. El recurrente transcribe, en efecto, la siguiente reflexión de la sentencia: "....tal inscripción (la que se hizo después de registrada la demanda), no tenía por objeto transmitir el dominio del inmueble litigioso a persona distinta de la comunidad demandada, sino que, antes bien, llenaba una formalidad que le daba firmeza jurídica al contrato estipulado en la escritura 149, facilitando, hasta cierto punto, la acción del demandante, quien afirma en la excepción (de la contrademanda, advierte la Corte), que aquella convención carece de valor legal por falta de causa".

El recurrente analiza además de estos dos preceptos, el 43 de la Ley 57 de 1887, para concluír que la prohibición de registrar una cosa cuya propiedad se litiga no se refiere a terceros, sino única y precisamente al demandante y demandado, lo que

no tuvo en cuenta el Tribunal, y de ahí el cargo de violación indirecta de las precitadas disposiciones. Agrega que además es aberrante la interpretación del sentenciador, porque lejos de admitir la excepción de nulidad por falta de causa que el actor opuso a la contrademanda, desechó la excepción porque le da validez al registro póstumo del título.

2ª causal: Por cuanto el pleito fue fallado en atención al registro de los títulos, registro posterior al de la demanda y aun a la notificación hecha a uno de los reos, no obstante lo cual fue aceptado como válido por el sentenciador, razón principal y única que lo inspira, dice el recurrente, este pleito se ha fallado por un hecho posterior a la notificación de la demanda y a su registro. La cuestión de derecho deducida del hecho nuevo, no fue, ni podía serlo, materia de las peticiones de la demanda. La conclusión, y en ello consiste el cargo, es que la sentencia no está dictada en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (ordinal 2º del artículo 520 del C. J.).

Estudio de los motivos

Considera la Corte:

1º Que la ilicitud de la enajenación de las cosas cuya propiedad se litiga, sin permiso del Juez que conoce en el litigio, establecida por el ordinal 4º del artículo 1521 del C. C., posteriormente aclarado y restringido por los artículos 42 de la Ley 57 de 1887 y 42 de la 95 de 1890, tiene por fin evitar que el demandado saque de su patrimonio el dominio de tales especies y que ellas se sustraigan a la reclamación o persecución del demandante.

2º Que el registro de la demanda que ordena hacer el Juez que conoce en el litigio determina para el Registrador de instrumentos públicos y privados la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación hecha por la parte demandada; y respecto de ella, y de los que contraten con ella, se ha de considerar la especie en litigio (artículo 42, Ley 95 de 1890).

3º Que habiéndose fijado ya la posición jurídica de las partes con la notificación de la demanda, después de la cual se ordena su inscripción en la oficina de registro, es de mayor evidencia la prohibición de registrar un título de enajenación a favor del demandado, por cuya falta de registro precisamente litigan las partes, no sólo por razón de la ilicitud de la tradición sino por la perturbación de las relaciones procesales entre los litigantes;

4º Que en el presente juicio el Tribunal sentenciador tomó como válido el registro verificado después de la inscripción de la demanda, de un título cuya eficacia legal por falta de registro, o por un registro sin firma, era la cuestión planteada por el demandante en su libelo, con lo cual se consumó la tradición del dominio de un bien raíz a favor del demandado (artículo 756 del C. C.), no obstante ser un motivo de impugnación del demandante y razón de la súplica de la contrademanda; hay que concluír que el Tribunal desconoció el alcance legal del ordinal 4º del artículo 1521 del C. C. y lo violó por consiguiente:

5º Que además, habiéndose pedido en la contrademanda que se obligue al actor a efectuar el registro del título, por ser dicho actor heredero del vendedor que murió antes del registro, y corresponderle a los herederos cumplir la obligación de hacer la tradición de la cosa vendida que no alcanzó a cumplir o no pudo cumplir el vendedor según los artículos 1880 y 1882 del C. C. y habiendo excepcionado el contrademandado que a esa obligación le oponía la excepción perentoria de ser nulo por simulación el contrato cuyo registro se solicitaba de él, en presencia de estas opuestas pretensiones el Tribunal sentenciador concluyó que no ordenaba el registro por ser inútil, como que ya estaba hecho después de trabado el pleito, y al mismo tiempo se niega a considerar la excepción de nulidad del contrato por simulación, invocando falta de registro del título impugnado, con lo cual niega injustamente a una de las partes la misma situación jurídica que le reconoce a la otra y viola el principio de igualdad entre las mismas partes; se concluye también que por este motivo, alegado por el recurrente en casación, hay que infirmar el fallo y proceder a dictar la sentencia de instancia.

6º Personería sustentiva. El actor Alejandro Bonilla S. se presenta como heredero legítimo de Miguel Bonilla González y pide para la sucesión de éste, condición que ha demostrado con las partidas de matrimonio de sus padres, con la de su nacimiento, y con la defunción del causante, su padre legítimo; además, obra en el juicio el decreto de declaración de heredero. Su presentación en el juicio ha sido pues correcta.

Sentencia de instancia. Para dictarla, la Corte necesita hacer uso de la atribución que le confiere el inciso del artículo 539 del C. J. En auto para mejor proveer, que se dictará en su oportunidad, la Corte se procurará algunos datos que de las pruebas

que obran en el proceso resultan oscuros y dudosos. Ha de limitarse por consiguiente, por ahora, a infirmar el fallo recurrido.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Infírmase la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 17 de febrero de 1934 en el presente juicio.

2º Antes de dictar sentencia de instancia, y una vez ejecutoriado el presente fallo, vuelva el expediente al despacho para dictar el auto de mejor proveer.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL este fallo y permanezca en la Secretaría el expediente para los fines indicados.

(Fdos.) Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. El Conjuez, Valerio Botero Isaza.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ERROR EN LA PARTICION.—TEORIA GENERAL DEL ERROR.—CLASIFICACION TRIPARTITA DE LOS ERRORES.—CONFORMIDAD DE LOS ARTICULOS 1509, 1510, 1511 y 1512 DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO CON LA CONCEPCION DE LA DOCTRINA FRANCESA SOBRE EL ERROR.—CUANDO HAY ERROR EN UNA PARTICION

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

(Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta, Angel)

I

Hechos

1º En la partición de los bienes herenciales de Juan de Jesús Tenorio y Rogelia Villalobos, cónyuges entre sí, "para pagar la hijuela del señor Bartolomé López", se le adjudicaron a éste "dos lotes de terreno ubicados en el sitio de Barrancas y comprendidos bajo los siguientes linderos: en la línea sur, de oriente a occidente, ciento catorce varas; en la línea norte, de oriente a occidente, doscientas dos varas; en la línea oriental, de sur a norte 185 varas, y en la línea occidental, de sur a norte, 141 y media varas, dentro de estos linderos: oriente, Julián Mina; occidente, con Juan de Jesús Tenorio; al norte, El Hogar del señor Ricardo Echeverri; al sur, camino vecinal al medio, con Barrancas".

2º En la misma sucesión se le adjudicó al propio señor López otro lote por los siguientes linderos: "norte y oriente, con propiedad de Marcos Sierra; occidente, María Buendía; y por el sur, callejón vecinal, con cultivo de sembradura".

3º Por último, en la aludida partición, le fue adjudicado al mismo señor López, "para pagarle los gastos que ha hecho en las causas acumuladas Tenorio y Villalobos, por valor de $ 171.00 oro, en terreno, en el lote que del mismo sitio señalan los linderos siguientes señalados en el globo general, segregando los límites de las dos escrituras: al norte, con la hacienda de Barrancas, propiedad de Marcos Sierra y terrenos de los herederos de Julián Mina; por el sur, propiedad de Margarita y Justiniano Cruz; al oriente, con la citada hacienda de Barrancas; y al occidente, con terrenos de El Hogar de Francisco Chavarro".

4º Pocos meses después de protocolizada esa partición, el señor Juan de Jesús Tenorio Villalobos, como heredero de Juan de Jesús Tenorio Gil y de Roogelia Villalobos, demandó ante el Juez del Circuito de Palmira a los otros copartícipes o interesados en esa partición —Ana Dolores Tenorio de Cobo y Bartolomé López—, para que con audiencia de ellos se declarara "que es rescindible o nula en forma relativa" la aludida partición "por causa de error y dolo cometidos por el nombrado partidor".

5º Para fundamentar esa petición, así como las consecuenciales sobre verificación de nueva partición, nulidad de las ventas que se hubiesen hecho de los bienes repar-

tidos, cancelación de las respectivas inscripciones, etc., el demandante expuso: a) Que entre lo adjudicado a Bartolomé López se había incluído media plaza de terreno comprada por él a Manuel Salvador López y que no pertenecía al inmueble que a su muerte dejara como herencia Juan de Jesús Tenorio Gil, pues esa media plaza —dice el demandante— "procede de la compra que hiciera Juan Bautista Gutiérrez, esposo de Mercedes Gauna, a José Atanasio Mosquera"; b) Que tal inclusión se debió a que el partidor no leyó con atención la escritura 379 de 2 de agosto de 1927, referente a la venta hecha por Manuel Salvador López a Bartolomé López, y tomó como linderos del lote que Salvador López había adquirido de Juan de Jesús Tenorio Villalobos, los linderos generales de los dos lotes vendidos por medio de ese instrumento a Bartolomé López, a saber: uno de una plaza comprado por Salvador López a Juan de Jesús Tenorio Villalobos, y otro de media plaza que nada tiene que ver con la mortuoria de Juan de Jesús Tenorio Gil; c) Que el partidor no podía entrar a hacerle hijuela especial de adjudicación a Bartolomé López, "quien no obstante ser subrogatorio en parte de los derechos que al demandante correspondían, no había sido declarado heredero subrogatario en ninguna forma por el Juzgado; y en tal evento, el partidor debió reconocerle el valor que en realidad le correspondía en el bien inventariado y adjudicárselo en una de las hijuelas de los dos interesados"; d) Que el partidor, "sin que en el proceso hubiera constancia de los gastos que hubiera hecho en los juicios en mención, entró a reconocerle y pagarle al señor Bartolomé López la suma de $ 171.00 oro, siendo así que sólo hay constancia de que el citado señor Bartolomé López sólo pagara, como valor de un porte de correo la suma de $ 2.10"; e) Que el partidor, no obstante aparecer de autos que el demandante había pagado por concepto de gastos en los juicios de sucesión la suma de $ 106.35, no le cubrió al actor ese valor al formarle su hijuela.

6º La partición tántas veces mencionada fue aprobada por auto de 9 de octubre de 1928, en el cual se hizo constar que "de acuerdo con el artículo 1283 del Código Judicial se dio traslado por cuatro días comunes a todos los interesados, sin que se hubiera hecho objeción alguna".

II

Sentencia acusada

Fallado en primera instancia el litigio por el Juzgado de Palmira, en el sentido de declarar nula la precitada partición y nulas las enajenaciones "que se hayan hecho o se hagan teniendo por base la partición de los bienes antes dichos y nula también la posesión material que se haya dado a los demandados a otros (sic) en relación con los bienes mal partidos y repartidos", el Tribunal Superior de Cali confirmó la sentencia apelada en cuanto a la declaratoria de nulidad de la partición y en cuanto a la declaratoria consecuencial sobre verificación de una nueva partición, pero la revocó en la parte concerniente a la nulidad de las enajenaciones que tuvieran por base la partición y a la nulidad de la posesión material de los bienes mal partidos.

III

Fundamentos del recurso

Contra la expresada sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación Bartolomé López.

En la demanda, muy esmeradamente formulada ante la Corte por su apoderado doctor Carlos Navia Belalcázar, se invocan, entre muchos otros, los siguientes fundamentos de casación: a) Errónea interpretación y aplicación indebida del artículo 1510 del Código Civil, porque esta disposición se refiere a los errores de hecho sobre la identidad de la cosa específica de que se trata y sobre la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra y en la partición no existe ninguno de esos dos errores; b) Violación de los artículos 5º, inciso segundo; 1602 en relación con el 1405; 1740; 1388 en relación con el 752; 1509 y 1512 por haber declarado el Tribunal nula, por vicio de error en el consentimiento, la partición de que se trata, fundándose para ello el Tribunal en que se hizo figurar como copartícipe a Bartolomé López y en que a éste se le adjudicaron bienes herenciales y bienes extraños a la herencia que se incluyeron sin motivo en la masa partible.

IV

Examen de los fundamentos de la demanda de casación

Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, dice el artículo 1405 del Código Civil, y el 1408 agrega que no podrá intentar la acción de nulidad o resci-

sión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o en parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio.

De esta manera —a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, en el cual se excluyó explícitamente el error como causa de nulidad de la partición—entre nosotros puede ser anulada una partición cuando el consentimiento de alguno o algunos de los partícipes haya quedado viciado por alguna de las formas, categorías o modalidades de error que, al tenor de los artículos 1510 y 1511 del Código Civil, vician el consentimiento de los que contratan.

Importa, por lo tanto, en el caso presente, señalar el exacto alcance de los referidos artículos 1510 y 1511, y determinar las formas o tipos de error que constituyen vicios del consentimiento, para darle de esta suerte correcta aplicación a los dos textos primeramente citados, pero no es improcedente —para dejar con claridad delucidada una materia en que el Tribunal hizo confusiones— transcribir previamente lo que dicen los más modernos expositores franceses sobre las razones que tuvieron los legisladores del Código de Napoleón para no incluír el error entre las causales de nulidad de la partición.

"Según las reglas generales —dicen Planiol et Ripert—, la partición de un incapaz en la partición, cuando tal incapaz no haya sido debidamente representado, la hace anulable. Sucede lo propio con los vicios del consentimiento que puedan ocurrir en alguna de las partes. El artículo 887 expresamente repite esto por lo que atañe a la violencia y al dolo.

"Pero ese artículo no habla del error. Se considera generalmente que esta omisión es intencional y depende de la imposibilidad de atacar una partición basándose exclusivamente en ese vicio.

"Esta concepción conduce a soluciones razonables porque el espíritu de la ley es el de asegurarles a las particiones la más grande estabilidad posible. Por lo demás, la equidad no se ve con ello amenazada porque muy generalmente se pueden corregir los desequilibrios provenientes de apreciaciones erróneas por medio de medidas menos graves que la nulidad.

"Si algunos elementos de la sucesión se han escapado por error en la operación de repartición, bastará complementar la partición.

"Si el error consiste en la introducción en la masa partible de cosas no pertenecientes a la herencia, el copartícipe adjudicatario tendrá la acción de saneamiento cuando sea perturbado por el verdadero propietario.

"Si se incluye entre los copartícipes a alguno que no tenía derecho en la sucesión, los herederos ejercerán contra él una acción de petición de herencia complementada por una partición adicional de los bienes que vuelvan a la indivisión.

"Si hay error en la determinación de los derechos hereditarios, los copartícipes lesionados podrán reclamar por la misma vía la restitución de las fracciones atribuídas o adjudicadas en exceso: es, en efecto, el mismo principio de la vocación hereditaria el que se ha desconocido y no sólo hay error de atribución sino ausencia de derecho en los herederos favorecidos por error. Más simplemente, en este último caso será posible invocar por analogía los artículos 2058 del C. C. y 541 del C. Pr. para reconocer a las partes la posibilidad de rectificar los errores de cálculo de las cuotas-partes y otros.

"Queda el error de avalúo de los diversos elementos de la masa: ese error se confunde forzosamente con la lesión. El espíritu mismo de la lesión y el modo como la ley la fija un mínimo, implican que no se debe entrar en el examen de las causas que han podido determinar el desequilibrio entre las partes, y que únicamente hay lugar a referirse a la extensión de ese desequilibrio. Por virtud de la misma idea, en las particiones simultáneas de dos sucesiones deferidas a los mismos causa-habientes, los Tribunales no han admitido que pueda haber una rescisión por causa de error, independientemente de la existencia de una lesión que alcance la importancia exigida por la ley".

En el mismo sentido se expresan Colin et Capitant:

"Un vicio del consentimiento en un copartícipe.—En esto el artículo 887 contiene una excepción al derecho común. En efecto. Entre los vicios del consentimiento no señala más que la violencia y el dolo, dejando a un lado el error. Esta omisión es intencionada sin duda. El legislador ha considerado que en materia de partición no puede admitirse el error como una causa de nulidad específica. Porque, en efecto, sobre qué podría versar ese error? Sobre el valor de los objetos adjudicados a tal o cual heredero? Entonces se confunde con la lesión y da lugar a la rescisión. Sobre la cuantía de la herencia de tal suerte que los copartícipes hayan dejado de incluir en la

masa hereditaria algunos bienes del difunto? En este caso habrá lugar, no a rescisión, sino a partición complementaria. Esto es lo que dispone el artículo 887 in fine: La simple omisión de un objeto de la herencia no da lugar a la acción de rescisión, sino simplemente a un suplemento de la escritura de partición. Si, a la inversa, el error cometido consistiera en incluír en la partición bienes que no pertenecían al difunto, su resultado sería el nacimiento a favor del coheredero a quien se hubieran adjudicado esos bienes de la acción de saneamiento el día en que él hubiera sido desposeído de ellos por la evicción.

Y, finalmente, si hubiera habido omisión de un coheredero, el error se confundiría con la rescisión, por lesión, pues ese copartícipe omitido habría quedado lesionado, no sólo en la cuarta parte, sino en la totalidad de su porción hereditaria y evidentemente en las condiciones requeridas para ejercitar esa acción..."

Puesta así de manifiesto la dificultad —por no decir la imposibilidad— de encontrar en las particiones errores que realmente constituyan vicios del consentimiento y que por ende impliquen la nulidad de aquéllas, es pertinente ahora —de conformidad con lo anunciado arriba— exponer la verdadera teoría científica del error para analizar a la luz de ella la sentencia recurrida:

De una manera que coincide mucho más perfecta y cabalmente con la letra y el espíritu de nuestra legislación que con los correspondientes textos del Código de Napoleón, la doctrina francesa contemporánea, apoyándose en la jurisprudencia, clasifica en tres grupos las diversas clases o especies de error, según la incidencia de éste sobre el consentimiento:

Primer grupo.—Errores destructivos del consentimiento o errores-obstáculos: a) Error sobre la naturaleza misma de la operación (Juan cree vender tal cosa y Pedro cree tomarla en arrendamiento); b) Error concerniente a la existencia o identidad del objeto (quiero vender determinada finca cuando el comprador quiere comprar y piensa que está comprando otra finca de mi propiedad); c) Error sobre la existencia de la causa del compromiso (una persona cree que debe pagar un legado establecido por un testamento revocado). El primero de los indicados géneros de error corresponde al error in negotio de los romanos, y el segundo al error in corpore. Aunque realmente todos estos tipos de error deberían conducir a la inexistencia del contrato, la ley colombiana los sanciona con la nulidad relativa.

Segundo grupo.—Errores-nulidades: a) Error sobre la substancia de la cosa; b) Error sobre la persona, cuando la consideración de ésta ha obrado como móvil determinante; c) Error sobre la eficacia de la causa como cuando Pedro suscribe un pagaré a favor de una persona creyendo estar obligado para con ella civilmente y no se trata en realidad sino de una obligación natural.

Tercer grupo.—Errores indiferentes: a) Error sobre las calidades que ni objetiva ni subjetivamente sean sustanciales; b) Error sobre el valor; c) Error sobre la persona cuando ese error no ha sido determinante del acto jurídico; d) Error sobre los motivos; e) Errores puramente materiales como los de cálculo.

La anterior —que es la clasificación de Josserand— coincide en sus líneas generales con las presentadas por casi todos los autores contemporáneos, aunque la mayor parte de éstos no incluye en el segundo grupo el error sobre la eficacia de la causa y algunos le agregan al primer grupo el error en la declaración de la voluntad. Solamente Planiol, Ripert y Esmein prescinden de esa clasificación y se limitan a proponer como regla general la siguiente, que, por lo demás, coincide con la concepción en que se inspira dicha clasificación: "Todo error, cualquiera que haya determinado el consentimiento y que sea de tal naturaleza que sin él la parte no hubiera contratado, es susceptible de acarrear la nulidad", siempre que no sea unilateral y que no sea inexcusable.

Respecto del error del segundo grupo, denominado por la doctrina y la jurisprudencia francesas error sobre la sustancia, debe observarse que ha habido, desde los primeros comentadores del Código de Napoleón hasta hoy, una profunda e interesantísima evolución en el modo de apreciar e interpretar esa palabra "sustancia" contenida en el artículo 1110 de dicho código, según el cual "el error no es causa de nulidad sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es objeto de la convención".

Los primeros exégetas del código entendieron por sustancia la materia de que la cosa estaba formada.

Posteriormente, aunque todavía con un criterio estrechamente objetivo, se amplió el concepto para considerar como sustancia de la cosa "no solamente los elementos materiales que la componen sino hasta las pro-

piedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y la distingue, según las nociones comunes, de cosas de cualquier otra especie".

Más tarde se abandonó dicho criterio objetivo para "colocarse —como lo propuso el Marqués de Vareilles-Sommieres— en el lugar y en el punto de vista de los contratantes", y entender por sustancia las calidades sustanciales de la cosa, o sea aquellas "que la parte —como lo dijo Planiol— tuvo principalmente en vista al dar su consentimiento; aquellas sin las cuales no habría contratado".

La evolución ha culminado —siempre sobre la base de que por "sustancia" hay que entender las calidades sustanciales— con la teoría contemporánea —inspirada en un criterio subjetivo, de orden psicológico, que encuentra su centro de gravedad no en un elemento material sino en la noción de móvil determinante de la voluntad— según la cual son sustanciales aquellas calidades que han sido determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes.

Con ese mismo criterio subjetivo, de orden psicológico, se enfoca la teoría general del error y se aprecia la incidencia de éste sobre el consentimiento: Qué impresión deja esta teoría del error que acabamos de exponer a grandes rasgos —se pregunta Josserand— después de clasificar los errores en los tres grupos antes indicados? Cuál es la idea esencial que caracteriza esa teoría? Es la de que el error que vicia el consentimiento y, por consiguiente, el contrato, es siempre y solamente el error determinante, el que interesa un móvil determinante, el móvil animador y propulsor del acto jurídico. El criterio es de una exactitud manifiesta para los errores que implican inexistencia del contrato: si yo no me hubiera equivocado sobre la naturaleza de la operación, sobre la identidad del objeto o sobre la existencia de la causa, yo no habría contratado o al menos habría celebrado un negocio completamente diferente en sus elementos esenciales y constitutivos; es un error capital el que he cometido, que ha neutralizado mi voluntad y que no puede crear nada. A la inversa, si yo me he equivocado sobre calidades simplemente accidentales de la cosa o sobre el valor efectivo de las prestaciones en presencia o si yo he incurrido en un error puramente material, no se puede decir que mi determinación se haya debido únicamente a un mal entendimiento, o al menos no se puede decir con certidumbre..."

Y más adelante agrega el mismo autor: "Así se verifica, en todo y por todo, esa idea directriz de que el error que se tiene en cuenta, sea como exclusivo, sea como corruptor del consentimiento, es invariablemente y solamente el error propulsor, determinante, el error sobre los móviles: es porque los resortes de la voluntad han sido falseados por lo que el acto es inexistente o está tocado de nulidad; el fin perseguido por la parte contratante no puede ser alcanzado; los procedimientos empleados han resultado inadecuados; ellos pugnan tanto con la idea de donde el acto ha salido, como con el objetivo al cual tendió. Enfocado en sí mismo el acto es completo; pero puesto en relación con sus antecedentes y con su finalidad, constituye un contrasentido jurídico y debe caer".

De esta suerte la teoría del error ha venido a culminar en la explicación de ese concepto por medio de la noción de móvil determinante o propulsor de la voluntad jurídica, y en el rechazo definitivo de la que hoy se califica como tesis materialista y judaica de los primeros exégetas del Código de Napoleón.

Nuestra legislación, ya se dijo y debe repetirse, concuerda, en su letra y en su espíritu, mejor aún que la legislación francesa, con esa teoría que acaba de exponerse: En lugar del ya mencionado deficiente artículo 1110 del Código de Napoleón, sobre el cual se ha edificado toda esa doctrina, nosotros tenemos, en los artículos 1510, 1511 y 1512 del C. C., disposiciones tan exactas como completas sobre la materia.

El primero de esos textos se refiere a los errores-obstáculos o errores dirimentes; error sobre la naturaleza misma de la operación y error sobre la existencia o identidad del objeto. El artículo 1511 enfoca, con el criterio subjetivo predominante en la doctrina contemporánea, el error sobre las calidades sustanciales de la cosa. Y finalmente el artículo 1512, con ese mismo criterio subjetivo, de orden psicológico, contempla el error sobre la persona. Por demás está decir que el error sobre la existencia de la causa y el error sobre la eficacia de la causa, de que hablan los expositores franceses, están previstos en el artículo 1524, conforme al cual no puede haber obligación sin una causa real y lícita.

Basta lo anteriormente explicado para poner de manifiesto la sinrazón del Tribunal al invocar como fundamento decisivo de su fallo el siguiente:

"A juicio del Tribunal, la partición adolece de error porque debiendo verificarse entre los herederos declarados de Juan de Jesús Tenorio Gil y Rogelia Villalobos, únicamente, el partidor la efectuó entre tales herederos y un tercero extraño a la sucesión, a quien le adjudicó bienes herenciales, bienes ajenos a la herencia. El partidor tuvo una noción falsa, errónea, sobre la especie del acto que estaba encargado de practicar y sobre la identidad de los bienes que debía distribuir. El error cometido vició el consentimiento de los herederos al tenor de lo preceptuado en el artículo 1510 del Código Civil, en relación con el 1405 del mismo.

Haber hecho figurar como partícipe a Bartolomé López por razón de las compras que éste le hizo a Juan de Jesús Tenorio, puede ser todo lo injurídico y anómalo que se quiera, pero no constituye un error que vicie el consentimiento de los copartícipes, ni mucho menos un error sobre la naturaleza de la operación.

No hubo en ésta esa falta de simetría consensual característica del error in negotio a que se refiere la primera parte del artículo 1510, ilustrada con el ejemplo de un contratante que entiende que se trata de un empréstito y otro que cree que recibe una donación.

El error in negotio implica una discordancia no solamente entre la voluntad declarada y la voluntad efectiva de cada una de las partes, sino también entre la voluntad de la una y la voluntad de la otra, que, por lo mismo, no se han encontrado y no han podido confluir para formar un acuerdo.

Más aún, esa inclusión de Bartolomé López en la partición no solamente no constituye un error in negotio, sino que no implica error alguno, en la acepción estrictamente jurídica de la palabra error. Consiste éste en una representación falsa o inexacta de la realidad, como lo dicen Colin et Capitant, o, como lo asienta Demogue, en "el estado psicológico de una persona que está en discordancia con la verdad objetiva".

Aquí no se ha alegado, ni mucho menos probado, esa discordancia entre el estado psicológico de los partícipes y la verdad objetiva, por lo que mira a la inclusión de Bartolomé López en la partición, ni se ha pretendido siquiera que la aprobación de ésta haya obedecido a una representación falsa o inexacta de la realidad. No se trata aquí —ni ello se ha alegado— de que los copartícipes hubieran tenido una creencia disconforme con la realidad y de que por virtud de esa creencia y con fundamento en ella hubieran consentido en la partición.

Lo que en realidad se ha dicho y se ha alegado y aún probado, es que el partidor no hizo en una forma técnica la partición, pero esto, que puede implicar una equivocación del partidor, nada tiene de común con ese fenómeno consistente en asumir una obligación bajo el imperio de una creencia errónea sin la cual el compromiso no se habría contraído, que es el fenómeno en que consiste el error.

Lo propio puede decirse de la segunda circunstancia anotada por el Tribunal: haber incluído el partidor bienes ajenos a la herencia para adjudicarlos al dueño de ellos.

Tampoco hay allí error, ni mucho menos error in corpore, es decir, error "sobre la identidad de la cosa específica de que se trata", como dice nuestro código, para referirse al error sobre la existencia o identidad del objeto de la convención.

Existe éste cuando, como en el ejemplo propuesto por el mismo código de un vendedor que entendiese vender una cosa y un comprador que entendiese comprar otra, ocurre —con respecto al objeto de la convención— ese mismo fenómeno ya explicado de que no se encuentran, porque la una recae sobre un objeto y la otra sobre otro, las voluntades jurídicas, que no llegan por lo tanto a traducirse en un acuerdo.

No hubo error in corpore ni error de ninguna clase que viciara el consentimiento cuando se incluyeron en la partición bienes extraños a la herencia para adjudicárselos al dueño de ellos, porque la aprobación que los partícipes le dieron a aquélla no dependió de una representación falsa e inexacta de la realidad ni de un estado psicológico que estuviera en discordancia con la verdad objetiva. Los copartícipes no tuvieron, con respecto a la inclusión de tales bienes, una creencia discordante con la realidad que los hubiera determinado, impulsado o movido a impartir esa aprobación.

Si la ley, así en el caso de error sobre la especie del acto o contrato como en el caso de error sobre la identidad del objeto, desconoce el respectivo acto jurídico por vicio del consentimiento, es porque parte de la base de que el contratante no habría contratado si no se hubiera equivocado sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto y porque considera que esa equivocación neutralizó su voluntad, la cual no pudo, por ello mismo, crear un acto jurídico válido.

Y en el caso que se estudia no ha habido nada de eso: los que el Tribunal llama erro-

res en la partición no llegaron ni pudieron llegar a desempeñar el papel de móviles determinantes de los partícipes. Los resortes de la voluntad jurídica de ellos no fueron falseados por inexactas representaciones de la realidad, y por consiguiente no puede hablarse aquí siquiera de un consentimiento viciado por error, o sea de un consentimiento determinado por móviles ilusorios o irreales.

Se desprende de lo dicho que el Tribunal, como lo sostiene el recurrente, violó, por errónea interpretación e indebida aplicación, los artículos 1405 y 1510 del Código Civil al fundarse en ellos para anular, por vicio en el consentimiento dependiente de un error, la partición a que se refiere la demanda.

Es necesario, en consecuencia, casar el fallo recurrido y dictar la sentencia de instancia que deba reemplazarlo.

Para fundamentar ésta basta agregar a todos los razonamientos antes expuestos la consideración de que tampoco se ha probado en ninguna forma el dolo que el demandante le imputa al partidor y observar —tanto con respecto al dolo alegado como con respecto al error de que se ha hablado— que en la demanda se pide la nulidad, no por error o dolo en los partícipes, sino "por error y por dolo cometidos por el nombrado partidor" y que en los hechos básicos de la demanda nada se afirma ni se insinúa siquiera sobre dolo o sobre error de los partícipes, cuando serían este dolo o este error los que podrían invocarse como causales de nulidad por razón de su incidencia sobre el consentimiento que elevó a la categoría de acto jurídico la partición.

Por todo lo cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal de Cali el 15 de febrero de 1984, revoca la de primera instancia proferida por el Juzgado 1º del Circuito de Palmira y en su lugar resuelve absolver al demandado de los cargos de la demanda.

Sin costas.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE REFORMA DE UN TESTAMENTO

Cuando se incurre en la sanción del juicio en las nulidades adjetivas contempladas por los artículos 448 y 455 del Código Judicial, la causal de casación consagrada por el Código de 1931 es la del numeral 6.o del artículo 520. El que compra a un heredero todos sus derechos y acciones en la sucesión, generalidad que comprende la acción de reforma del testamento propia de un legitimario y de las personas a quienes éste transmite «sus derechos», según el artículo 1274 del C. C., sin que para ejercitarlo luégo, como cesionario, sean óbice el haberse liquidado la sucesión, porque la participación puede también reformarse como consecuencia de la reforma del testamento, si ésta era pertinente de conformidad con las reglas del capítulo 2.o del Título 6.o del Libro 3.o del Código Civil. Aunque una excepción perentoria no se haya propuesto ni alegado el Juez debe reconocerla, pero siempre que halle JUSTIFICADOS LOS HECHOS en que dicha excepción se funde.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, enero treinta de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha.

Hechos y sentencia acusada

El 14 de febrero de 1935 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decretó la reforma del testamento abierto otorgado por Raimunda Rodríguez viuda de Gaitán en escritura número 1826, pasada en la Notaría 5ª de Bogotá, el 20 de octubre de 1929, en el sentido de declarar que el heredero Gustavo Gaitán Rodríguez, hoy su cesionario Jorge Enrique Rojas, tiene derecho a percibir en la herencia de Raimunda Rodríguez viuda de Gaitán la mitad de los bienes de ésta a título de legítima rigurosa, y la cuarta de mejoras, o sea que este heredero tiene derecho a que se le complete su legítima efectiva. Y que por consiguiente la demandada Carmen Rodríguez o Gaitán sólo tiene derecho a retener la cuarta parte de los bienes de dicha sucesión.

Decretó también el Tribunal la reforma de la partición judicial de los bienes de la misma mortuoria, verificada el 1º de mayo de 1931 y protocolizada por instrumento número 735, de 27 de ese mes y año ante el Notario 5º de Bogotá, en el sentido de completar al legitimario Gustavo Gaitán Rodríguez, hoy a su cesionario, su legítima efectiva, o sea que debe adjudicársele la cuarta de mejoras, completando con su legítima rigurosa, la efectiva.

Negó la declaración de la nulidad de la partición, declaró no probada la excepción de cosa juzgada y, finalmente, que no hacía condenación de costas procesales.

El Tribunal fallador llegó a estas conclusiones por considerar que la testadora dispuso de la cuarta de mejoras y de la de libre disposición en favor único y exclusivo de María Luisa del Carmen Rodríguez o Gaitán, diciéndose madre legítima de ella y de Gustavo Rodríguez Gaitán, cuando, según las pruebas allegadas al juicio, solamente éste era hijo de matrimonio, y Carmen no, por haber nacido varios años antes de casarse su madre natural, que es la testadora, sin que el que fue marido de la testadora hubiera nunca reconocido a Carmen como hija natural, ni legitimádola al casarse, pues al respecto son inaceptables e insuficientes las notas marginales puestas fuera de tiempo en las partidas de nacimiento y de matrimonio con que se ha querido demostrar la legitimación. La reforma del testamento y de la partición judicial, las decreta, como legal consecuencia de tales hechos.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada opuesta a última hora por la demandada Carmen, el Tribunal la explica en la forma que en seguida se transcribe y en donde a la vez da la razón para declararla no probada:

"En el alegato de conclusión de la segunda instancia, dice el Tribunal, el apoderado de la demandada alega la excepción de cosa juzgada, y al efecto presenta una copia del Juzgado 7º de este Circuito, de donde aparece un memorial dirigido por Gustavo Gaitán, en el cual manifiesta desistir de la demanda iniciada por él contra María Luisa Rodríguez o Gaitán para que se reforme el testamento abierto otorgado por Raimunda Rodríguez viuda de Gaitán, y el proveído del Juzgado de 11 de febrero de 1931, por el cual se declara terminado el negocio y se ordena archivar el expediente. Mas, tales copias, continúa el Tribunal, no

fueron presentadas en el término probatorio del juicio, sino que se acompañaron, como ya se dijo, al alegato de conclusión de la segunda instancia; por consiguiente, no pueden ser tenidas como pruebas, y en tales condiciones la conclusión a que puede llegarse es a que la excepción alegada no se ha comprobado en los autos".

Motivos de casación

La demandada formula por sí misma contra la aludida sentencia los cargos que a continuación se expresan y que la Corte irá analizando.

En primer lugar, objeta la personería sustantiva del cesionario que inició el juicio. Dice que éste le compró al heredero Gustavo Gaitán Rodríguez, al tenor de la escritura número 381, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá el 28 de marzo de 1933, derechos y acciones en la sucesión de su madre, cuando en esa fecha el heredero estaba imposibilitado legalmente para vender derechos y acciones, porque la sucesión de su madre se había liquidado desde el 17 de marzo de 1931, fecha de la protocolización del juicio. Siendo así, dice el recurrente, sólo pudo vender el heredero derechos en cuerpos ciertos, pero no acciones en una universalidad ilíquida. Al respecto se extiende en consideraciones para tratar de demostrar que el demandante no ha adquirido la acción de reforma del testamento.

De los artículos que el recurrente cita al final de su demanda como infringidos, son pertinentes a este cargo los siguientes: el 1274 del C. C., en cuanto concede la acción de reforma del testamento a las personas a quienes los legitimarios hubieren transmitido sus derechos, y el recurrente, según lo dicho, estima que el actor no ha recibido ese derecho mediante la cesión que expresa la escritura número 381; y los artículos 448, numeral 2º, y 455, ambos del C. J., el primero de los cuales establece como causal de nulidad en todos los juicios la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o su representante, y el segundo, en cuanto ordena a los jueces denunciar a las partes las nulidades procesales que adviertan, antes de fallar.

Como los artículos 448, ordinal 2º y 455 del C. J. se refieren a nulidades procedimentales, y la falta de personería a que el cargo del recurrente se refiere es sustantiva, porque tiende a negarle al actor el derecho mismo, o sea la calidad de comprador del derecho hereditario, y con ésta la de dueño de la acción de reforma del testamento, en ellos no puede fundarse el cargo; cuando se incurre en la secuela del juicio, en las nulidades adjetivas contempladas por los artículos precitados, la causal de casación, consagrada por el Código Judicial de 1931, es la del numeral 8º del artículo 520, que no ha sido invocada, ni sería pertinente invocarla tratándose del reparo a la existencia misma del derecho o de la acción en cabeza del demandante.

En cuanto al cargo de violación del artículo 1274 del C. C., por el motivo expresado, no es posible considerarlo en casación, porque constituye un medio nuevo, en el cual no sólo no repararon las partes, durante las instancias, sino que, antes bien, para sus alegaciones partieron ambas del supuesto de que la escritura número 381 se otorgó con el fin de investir al cesionario Rojas del derecho de ejercitar la acción de reforma, como dueños de los derechos herenciales del heredero Gustavo.

No obstante, la Corte considera que al tenor de la escritura número 381, Rojas compró al heredero Gaitán Rodríguez todos sus derechos y acciones en la sucesión, generalidad que comprende la acción de reforma del testamento propia de un legitimario y de las personas a quienes éste transmita "sus derechos", según el artículo 1274 del C. C., sin que para ejercitarla luégo, como cesionario, sea óbice el haberse ya liquidado la sucesión, porque la participación puede también reformarse como consecuencia de la reforma del testamento, si ésta era pertinente de conformidad con las reglas del capítulo 2º del Título 6º del Libro 3º del Código Civil. Al legitimario no podría desconocérsele el ejercicio de la acción de reforma, mientras no haya prescrito según el mismo artículo 1274, por el sólo hecho de haberse consumado ya una liquidación conforme al testamento de cuya reforma se trata.

Consiste el segundo cargo en que el fallador no reconoció la excepción de cosa juzgada, según las razones que dio en el párrafo que atrás quedó transcrito. Y lo funda el recurrente en que, según él, la excepción perentoria debe declararla el fallador aunque los hechos en que se funde no se hayan probado (así lo dice el recurrente), ni alegado. Ni en principio puede admitirse ese concepto del recurrente. Lo que el artículo 343 dice es que aunque una excepción perentoria no se haya propuesto ni alegado (salvo la de prescripción, según

el mismo artículo), el Juez debe reconocerla, pero siempre que halle justificados los hechos en que dicha excepción se funde. Y esos hechos, que dan nacimiento al derecho invocado como defensa, deben haberse probado oportunamente. Ahora bien, el Tribunal expresamente advirtió que el haberse decidido ya entre las partes un juicio de reforma del testamento que terminó por desistimiento, era un hecho cuya prueba ni se pidió ni se presentó en tiempo, sino al alegar el demandado en segunda instancia. Y éste, además, advierte la Corte, así lo reconoce cuando en un alegato le dice al Tribunal que fuera de tiempo alega esa circunstancia porque su representada en el juicio no lo informó oportunamente. La argumentación del Tribunal es, pues, inobjetable ante el derecho probatorio. El cargo es infundado.

Finalmente, dice el recurrente que hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado, porque la demanda de reforma se refiere al testamento otorgado el 20 de octubre de 1929, cuando su verdadera fecha es de 23 del mismo mes y año, que fue la expresada por el Tribunal. El cargo es igualmente infundado y falto de seriedad, porque un simple error caligráfico de la demanda no merece ese reparo cuando, por lo demás, el número de la escritura y demás datos hacen inconfundible cuál fue el testamento que quiso reformar el demandnte por medio del juicio.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá el 14 de febrero de 1935, y condena al recurrente en las costas del recurso.

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

(Fdos). Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—Por el Secretario, el Oficial Mayor, Emilio Prieto Hernández.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

Al reconocer que plazo tácito es el indispensable para cumplir la obligación respectiva (C. C., art. 1551), se puede reconocer también que las partes pueden fijarlo, así sea indirectamente, en cuanto sus estipulaciones contengan elementos que conduzcan a determinar ese tiempo indispensable para tal cumplimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, enero treinta y uno de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.

El señor Martín Quintero R., vecino de Ocaña, en libelo repartido al Juzgado 1º de ese Circuito, demandó por suma de pesos a la sucesión del señor Esteban E. Numa, indicando estar ésta representada por la señora Sara de Numa, cónyuge sobreviviente, y por los herederos César, Ana María, Rosa, Esteban y Amado Numa, de la misma vecindad. Fue absuelta la parte demandada por sentencia de ese Juzgado de 24 de septiembre de 1931, confirmada por el Tribunal Superior de Pamplona en la de 30 de septiembre de 1933, contra la cual el demandante interpuso casación, recurso en cuya virtud vino el proceso a la Corte el 14 de marzo de 1935 y que, tramitado ya debidamente, pasa a decidirse.

Son antecedentes:

1º Esteban E. Numa y Martín y Roberto Quintero R., por medio de la escritura pública que otorgaron ante el Notario del Circuito de Ocaña con el número 34, el 18 de enero de 1928, declararon disuelta la sociedad comercial colectiva Numa & Quinteros, de que eran socios únicos los tres, y la liquidaron así: El activo y pasivo sociales pasaron a ser de Numa, quien declaró entrar en la posesión de uno y otro aquel mismo día y quedar "en la necesaria personería para cobrar el activo y pagar el pasivo", con advertencia de no tener inmuebles la compañía; se estipuló que él firmaría documento privado en favor de Martín Quintero R. para pagarle su aporte y utilidades, en que se establecerían el plazo y demás condiciones del pago; se agregó al respecto que, siendo éste acreedor también por dineros suministrados a la sociedad, esta acreencia se le pagaría con lo que se colectara por deudas a favor de aquélla; Roberto Quintero R., socio industrial, se declaró a paz y salvo con la sociedad por haber recibido sus utilidades en la

misma, y pactaron sobre pérdidas que las que sobrevinieran por insolvencia de los deudores a la sociedad se repartirían proporcionalmente entre los socios.

2º Realizando lo estipulado al respecto en la citada escritura de liquidación, el 21 del mismo enero (1928), suscribieron en Ocaña los tres ex-socios un documento privado en que se fija en conjunto y sin distingos el saldo a favor de Martín Quintero en $ 10,867.12; se destina para pagarlo el total de las acreencias a favor de la sociedad, en forma que Quintero debe recibir a medida que se vayan haciendo los cobros efectivos; se agrega: "siendo de cargo del señor Esteban E. Numa el saldo que falte, por haber éste tomado el activo y pasivo de la sociedad"; y se estipula que lo que deje de recaudarse debe repartirse por partes proporcionales entre los tres socios. Termina el documento diciendo: "Además, queda como compromiso el de hacer el cobro por medio de los Juzgados de todas aquellas deudas que no hubieren sido cubiertas el día último del mes de marzo del corriente año".

3º Declarando el acreedor Quintero haber recibido en varias partidas $ 4,568.15, formula su demanda por un saldo principal de $ 6,351.28 con sus intereses legales desde el 1º de abril de 1928 y los gastos del juicio y la dirige contra la sucesión del señor Numa por haber éste fallecido.

4º El señor César E. Numa, mayor, y la señora Sara Elbaini de Numa, por sí y por sus hijos menores, los restantes demandados prenombrados, contestaron la demanda conviniendo en haberse otorgado la escritura y documento antedichos; manifestando ignorar lo tocante a saldos, por no tener los libros ellos sino el señor Roberto Quintero; advirtiendo que el señor Esteban E. Numa murió a poco de suscrito el documento (el 6 de mayo de 1928); manifestando que ignoran si este señor alcanzaría a entablar acciones judiciales contra los deudores de la compañía, y alegando que, no siendo él sino un liquidador, sus causahabientes mal habrían podido incoar esos pleitos.

5º El Juzgado, para absolver a los demandados, se apoyó en este concepto sobre que el señor Numa fue sólo liquidador, es decir, un mandatario cuyo mandato expiró con su muerte y no se transmitió, por tanto, a sus herederos, como no les transmitió los créditos mismos, y también en que, puesta a salvo en su opinión por el documento la ineficacia de los créditos en favor de la compañía con cuyo producto se había de pagar a Quintero, en forma de cargar con la diferencia o pérdida todos los tres socios, y no sabiéndose a cuánto ascienda esta pérdida, no se está ante un saldo líquido actualmente exigible.

6º El Tribunal no consideró a Numa como liquidador, en vista de que la liquidación quedó consumada por los socios en la citada escritura; pero absolvió también, sin embargo de eso, por conceptuar en forma análoga al Juzgado acerca del sentido de las estipulaciones del documento sobre el reparto del déficit entre los tres socios y no estar aún establecido ni liquidado lo que quedara pendiente de los cobros de acreencias sociales destinados en el documento a pagar al actual demandante Quintero, ni haberse fijado plazo para este pago.

Debe la Corte ordenar los cargos que el recurrente formula, en forma que si halla uno aceptable, sin lugar a estudiar los otros, case la sentencia recurrida y dicte la resolución que corresponda (artículos 537 y 538 del C. J.).

Las causales aducidas al interponerse el recurso fueron la 1ª y la 2ª de las establecidas por el artículo 520 de esa obra; pero, al fundarlo, el recurrente prescindo expresamente de la segunda y se limita a la primera. Aquella resolución, según el artículo 539 ibídem, debe ser sentencia de instancia que reemplace la recurrida.

Y tal es el caso, efectivamente, porque la Corte encuentra fundado el siguiente cargo, que es el primero, en el orden referido, de los que el recurrente formula: error de hecho y de derecho en la interpretación de la escritura pública y documento privado ya expresados, de 18 y de 21 de enero de 1928, respectivamente, y consiguiente violación de varias disposiciones del C. C., entre las cuales, para el efecto, se destacan los artículos 1550, 1620 y 1622.

El documento formula así las estipulaciones pertinentes: a) fija el saldo a favor de Quintero; b) destina a pagarlo lo que se recaude por acreencias de la compañía; c) obliga a Numa a responder del saldo que esos cobros dejen en descubierto, indicando que la razón de ellos es el haber tomado él tanto el activo como el pasivo; ch) obliga a Numa a incoar acciones judiciales contra los deudores que no hayan pagado el 31 de marzo siguiente; d) esta-

blece para entre los tres socios un ulterior reparto proporcional del posible descubierto.

Si, pues, Numa debía pagar todo, aunque los cobros a los deudores sociales no diesen para tanto, no es de aceptarse la interpretación del compromiso sobre acciones judiciales contra los deudores en el sentido de que Quintero hubiera de esperarse al resultado de éstas, ni puede aceptarse como correcta interpretación del señalamiento del 31 de marzo como algo que no contenga plazo para el pago asumido por Numa, pues no se entendería entonces cómo y para qué, se hubiera señalado tal fecha relacionándola sólo con el ejercicio de acciones para el cual en manera alguna se necesitaba esta estipulación.

Más todavía: el compromiso de incoarlas tiene como explicación forzosa lo conducente a la responsabilidad de los tres socios por el descubierto, pues es claro que el interés de ellos en que la persona que quedaba dueña de los créditos sociales y en la consiguiente capacidad de procurar su efectividad, la procurase activa y eficazmente, a fin de disminuír ese descubierto lo más posible y hasta evitarlo. Pero no se compaginaría esa fijación de fecha para incoar acciones judiciales ni el poner de presente en el documento el compromiso contraído al efecto por Numa desde la escritura, si sólo tuviese por objeto procurar el pago más o menos lento y, en todo caso, parcial, a Quintero, interpretación ésta reñida con la obligación expresamente asumida para con éste por Numa de pagarle la totalidad de su crédito poniendo lo que faltara, con la advertencia en el documento, por vía de fundamentación o justificación, de que tal obligación quedaba pesando así sobre Numa por haber tomado activo y pasivo.

Dedúcese de estas consideraciones que si hubo plazo para el pago a que Numa se obligó; que la ayuda o descargo total o parcial dada a Numa a este efecto por medio de lo que recibiese de los créditos activos que la sociedad le cedía, no es óbice para reconocer que él asumió esa carga; que, del propio modo, la obligación de sus consocios por lo que resultara pagado por él en exceso, tampoco es óbice para reconocer esa obligación contraída por él para el pago total, sino un recurso ulterior para recuperar lo excesivamente pagado, en su caso; y que el señalamiento del 31 de marzo para verse ya forzado o autorizado para incoar acciones judiciales contra los deudores y como día hasta el cual pudiera Numa esperar el resultado de gestiones distintas con éstos, no puede entenderse tampoco como algo que infirme o modifique la obligación contraída por él en ese mismo documento de completar el pago a Quintero cargando Numa con lo que faltara, sino como un deber para con sus consocios y aun para consigo mismo, a fin de evitar o disminuír la pérdida definitiva con que habían de cargar a la postre todos tres.

El hecho de estipularse que el crédito de Quintero sería cubierto íntegramente por Numa cargando éste con lo que faltara, impone la interpretación del documento en el sentido de que ese pago debía ser anterior al resultado definitivo y final del cobro a los deudores de la compañía, de lo contrario, carecería de alcance y de objeto y no produciría resultado alguno aquella estipulación, a que se agrega que también sería inexplicable la liquidación misma tal como se hizo, ya que no se vería razón para que, deshaciéndose Quintero de todo elemento o arma o acción contra los deudores de la sociedad, se apuntara a la incertidumbre de que persona distinta de él buenamente los tolerase o aguijase y buenamente le pasara lo que fueran pagando.

Ahora bien, ese pago total de Numa a Quintero no podía entenderse dejado en situación caótica o al menos del todo incierta, como resultaría de no conceptuarse que el señalamiento del 31 de marzo a eso se refiere. Señalar este día tuvo para los contratantes algún objeto, y estando ante ellos, de un lado sus personales intereses y de otro las consideraciones de amistad o de urbanidad o de comercio con los deudores, no es aceptable que abandonasen lo suyo dejándolo entregado a la más completa y perjudicial indefinición, preocupados sólo de aplazar a los deudores las acciones judiciales, a las veces ineficaces, en ocasiones hasta contraproducentes y siempre molestas.

La Corte estima que el propósito de los contratantes fue el de establecer o reconocer, dentro de su espíritu de negocio, para los pagos espontáneos o conseguibles con gestiones amigables un término prudencial, a cuyo vencimiento, que vino a ser en marzo, se sabría con cuánto tenía Numa que completar con su dinero propio lo que faltase; y que, hecho esto, entonces Numa entablaría los pleitos encaminados a cobrar lo aún pendiente, y al saberse, más tarde, con el resultado de todo ello, la pérdida que en definitiva sobreviniese, se determinaría la cuota precisa de cada uno de los tres exsocios, para reembolsar la suya cada uno

de los Quinteros a Numa. Para esto último, es decir, para lo tocante a esta liquidación de la pérdida, no se fijó fecha ni tal vez les habría sido sencillo o agible fijarla. Pero la falta de fijación de fecha para esto no podría justificar el desconocimiento de que sí la hubo para esotro que era más importante, más inmediato, más al alcance de ellos calcular.

Dejar sin fecha lo atañedero a algo tan importante que es lo cardinal del documento y sin lo cual no se entendería para qué se había éste otorgado, como es la determinación del saldo a favor de Quintero y algo tan conducente e indispensable para cubrirlo, como es la fijación de fecha, habría sido la infirmación de las restantes estipulaciones. Porque, como ya se ha observado, si por falta de esta fijación hubiera de quedar — como inevitablemente quedaría — Quintero apuntado a la incierta carta del final de todos los cobros, los judiciales inclusive, no habría cuándo cargase Numa con lo que faltara para pagar a Quintero, ni habría razón alguna para que éste hubiese procedido o concurrido a una liquidación que, despojádolo de toda acción contra los deudores y de toda intervención en el cobro a éstos, lo dejase entregado al papel netamente pasivo de esperar a lo que buenamente sucediese por obra ajena.

Las demás estipulaciones del documento que son cobrar a los deudores y repartirse los tres socios las pérdidas, ya las había consignado clara y terminantemente la escritura de liquidación tres días antes, como había dicho que aquellos cobros se destinarían a pagar a Quintero; de suerte que, si no era para establecer el monto preciso del crédito de éste y obligarse Numa a completarlo con lo que esos cobros no alcanzasen a producir, no se hallaría razón alguna para que los otorgantes de la citada escritura pública de 18 de enero de 1928, que declaraba todo aquello, otorgasen al tercer día ese documento privado.

Releyendo la escritura de liquidación tantas veces aquí citada, se halla que al estipularse que Numa firmaría a Quintero un documento privado, se advirtió que éste expresaría el plazo. Comerciantes avisados y veteranos no podían pasar por alto detalle tan trascendental en un documento de deber, y procediendo como si no quisiesen dejar ese ánimo suyo entregado a meras conjeturas, lo consignaron expresamente allí, como se ve en el punto b) de la cláusula segunda de ese instrumento.

Esta consideración corrobora las que van hasta aquí hechas en el sentido de reconocer que el documento contiene plazo para la obligación con que según éste cargó Numa en favor del actual demandante.

Como corrobora lo dicho sobre ordenación de los hechos y carga de las pérdidas, la carta de Quintero a la señora de Numa reconocida por él al absolver posiciones en primera instancia, carta de 27 de marzo de 1930, en que acepta que ha de llevar cuenta en aquéllas; pero protesta contra haber de ser él el único que las soporte.

Aplicar al crédito de Quintero cuanto fuese percibiendo Numa por pagos de los créditos a favor de la compañía que éste le traspasó al liquidarse, era a la vez la manera de capacitarse Numa, siquiera en parte, para cumplir la obligación que asumía para con Quintero, y manera de asegurarse éste en ese pago; y por su lado Numa, a más de tener ese concurso que le aliviaría la carga de completar lo que faltase, y de evitarse el rechazo de Quintero a recibir por partes (C. C., artículos 1627 y 1649), tuvo el respaldo del reembolso prometido por sus consocios de la cuota de cada uno de éstos en la pérdida que en definitiva viniese a resultar por falta de efectividad de los créditos contra deudores de la compañía debidos a Numa.

Esta última estipulación, que figura expresamente, no sólo en el documento sino también en la escritura de liquidación, se encaminó a que a la liquidación definitiva de todo Numa no cargase sino con la cuota en las pérdidas que afrontó desde que se asoció con los Quinteros, contingencia que afronta o asume todo socio capitalista, según conocidas disposiciones legales y que a mayor abundamiento se expresó en la escritura de fundación de la compañía de 25 de enero de 1926.

A que se agrega en su favor que el socio Roberto Quintero asumió parte en las pérdidas, situándose en la excepción autorizada por el artículo 503 del C. Co. in fine.

Los tres socios sabían o al menos suponían como probable que ese descubierto iba a producirse, porque a esta contingencia insistentemente se refieren tanto en la escritura de 18 de enero de 1928 como en el documento privado de 21 de los mismos. Así, pues, fue a sabiendas de esto como Numa asumió la obligación de pasar a Quintero el total precisado en el mismo documento. Más todavía: sin ese pensamiento de los tres socios, de que tal déficit había de producirse, al menos para el 31 de marzo de ese año, no se entendería cómo Numa asumía la obligación de poner lo que

faltara ni se entendería por qué se habla en el documento, con este motivo, de "saldo que falte". Como se ha visto, de esta locución se vale el documento para expresar que ese saldo es de cargo de Numa.

Pero al igual de lo que sucede en todo caso de pago excesivo, en que la ley establece el derecho de repetición a fin de evitar el enriquecimiento sin causa, de lo que dan ejemplo los artículos 1415 in fine, 1579, 1587 in fine y 2313 del C. C., quedó acordado por los socios en el mismo documento, ajustándose también con ello a estipulación expresa de su escritura de liquidación, que las pérdidas se repartirían entre los tres proporcionalmente, con lo cual se conjuró el peligro de que Numa, una vez cumplida su obligación, cargase definitivamente con las resultas de ese posible descubierto, para lo cual, comprendido naturalmente entre las pérdidas, quedó investido de antemano de la referida acción de repetición contra sus ex-socios. Bien podía él haber asumido contractualmente esa contingencia, sin recurso ulterior, a trueque de tales o cuales ventajas en la liquidación, por ejemplo. Pero el hecho es que no la asumió de modo que fuese definitiva. Así estipularon los tres que atenderían, cada uno en su cuota proporcional, a las pérdidas. Esto cuando más tarde quedara establecido el monto de lo dejado de cobrar de aquellos créditos.

Los Quinteros y Numa presintieron como pérdida la insolución de algunos de los créditos que la compañía al liquidarse cedió a Numa, y sólo de esa posible fuente de pérdida hablan en la escritura y documento. Sobre quien cargará con ella obran dos estipulaciones aparentemente contradictorias: según la una, carga Numa; según la otra, cargan todos tres. Pero la contradicción es sólo aparente y momentánea, pues desaparece en observando que hay dos épocas distintas y que cada una de esas estipulaciones corresponde a su época respectiva. La primera, que se abre con el documento mismo y se cierra el 31 de marzo, corresponde a pagos espontáneos o debidos a gestiones amigables; durante ella irá Quintero recibiendo a medida que los deudores vayan pagando a Numa, quien al final pagará lo que falte; y de 1º de abril en adelante se acudirá por éste a acciones judiciales. Este día se abre la segunda época, al cerrase la cual, que es cuando se sabrá el resultado de esas acciones y a cuánto asciende lo percibido de los referidos créditos y, por tanto, si en realidad sobrevino pérdida y a cuánto asciende, es también cuando se sabrá la suma precisa que, como cuota en la pérdida así sabida y precisada a la postre, ha de pagar cada uno de los Quinteros a Numa para reembolsarle lo que, en su caso, pagará éste en exceso.

Así se concilian las dos estipulaciones; más aún: así se explican y así tienen ambas alcance y aplicación. Si sólo al saberse el resultado final de los cobros judiciales pudiera entenderse vencido el plazo para el pago a Martín Quintero del total que el documento le reconoció, no habría cómo ni cuándo ni por qué cumpliera Numa ni asumiera la expresa obligación que para con él contrajo éste en el documento.

Así las cosas, se ve claramente cómo, si no se entendiera el 31 de marzo como fecha en la cual Numa completase con lo suyo el total reconocido a Quintero, se llegaría a una interpretación del documento según la cual no se permitiría la presentación del momento u oportunidad en que esa obligación se cumpliese.

Lo expuesto hace ver cómo y por qué la Corte encuentra justificados los cargos del recurrente de que se ha venido hablando, pues él sostiene que en fuerza de los errores de hecho y de derecho en que el Tribunal incurrió al apreciar la escritura pública y documento privado del dicho enero de 1928, tantas veces citados aquí, violó las diversas disposiciones legales que cita, entre ellas, cardinalmente, los citados artículos del C. C., en concepto de la Corte, en lo relativo al cargo que ella debe tomar en cuenta en primer lugar, dada la ordenación lógica a que la obliga el artículo 537 del C. C. Y así es en realidad, pues el 1551 define el plazo, y habiéndolo, el Tribunal no lo halla y procede a fallar sobre la base de que falta; el 1620, en cuanto la interpretación que da al documento, conduce a que no produzca efecto alguno la cláusula en que Numa se obliga a cargar con el saldo que dejen en pie los cobros a los deudores de la sociedad, a fin de cubrir él íntegramente el crédito de Quintero, cláusula que es, sin duda la más trascendental de ese pacto; y el 1622, en cuanto la interpretación del mismo documento hecha por el Tribunal implica una desarmonía entre sus cláusulas, reñida con el sentido que mejor conviene al conjunto.

Indudablemente el motivo cardinal de discusión en el presente litigio ha sido lo concerniente al plazo, sobre lo cual ocurre, como se ha visto, que mientras el demandante sostiene que dicho 31 de marzo se señaló como día final para el cumplimien-

to de la obligación asumida por Numa para con Quintero por el total, los demandados y Juez y Tribunal con ellos, sostienen que esta fecha no se relaciona con esta obligación sino sólo para gestionar el cobro de los créditos cedidos por la sociedad a Numa.

Sostenidamente desde la demanda hasta ahora al fundar el presente recurso el demandante ha conceptuado lo antedicho; de manera que pide intereses moratorios a partir del 1º de abril, lo que, a más de su invocación del artículo 1617 del C. C., conduce a reconocer que, en relación con el 1608 de esta obra, parte del supuesto de que el plazo para la deuda de que aquí se trata venció la víspera. Condenar a esos intereses desde ese día no envuelve, pues, fallo extra petita.

En el alegato de casación, en frases inequívocas, se expone el mismo concepto sobre plazo; y si en algunos pasajes lo califica de tácito, esto en nada infirma o contradice aquella tesis. Al recordar que plazo tácito es el indispensable para cumplir la obligación respectiva (C. C., art. 1551), se puede reconocer también que las partes pueden fijarlo, así sea indirectamente, en cuanto sus estipulaciones contengan elementos que conduzcan a determinar ese tiempo indispensable para tal cumplimiento.

El recurrente se detiene en el largo tiempo transcurrido desde dicho 1º de abril hasta el día que presentó su demanda inicial de este pleito; pero esto, que agrega nuevos argumentos en favor de su situación de litigante, no envuelve tampoco contradicción con su expresada tesis ni puede entenderse como indicación de que la abandone. No sobrará traer a cuento lo frecuente que es el empeño de cada litigante, en que se vea que si está pleiteando, particularmente si es demandante, es muy a su pesar y forzado por las circunstancias.

Las consideraciones precedentes que llevan, como se ha dicho, a casar la sentencia recurrida, obligan consiguientemente a dictar la de instancia que la reemplace. (C. J., artículo 539).

Los fundamentos de tal nuevo fallo quedan expuestos ya en el precedente estudio sobre el recurso de casación y se resumen así: el documento privado de 21 de enero de 1928 contiene una obligación a cargo del señor Numa de pagar al señor Quintero el saldo precisado allí como valor del crédito a favor de éste, en plazo que venció el último día de marzo de ese año. Las partes han controvertido sobre el sentido de las cláusulas de ese documento, pero no sobre su autenticidad; él obra original en el proceso desde que el juicio se inició; el valor de ese saldo es la suma de $ 10,867.12. El acreedor declaró en su demanda haber recibido $ 4,563.15. Reclama como diferencia vigente $ 6,351.28. Corrigiendo el error de esta resta, como él mismo lo hace en sus alegatos, se encuentra que es $ 6,303.97 esa diferencia, esto es, el principal a que debe limitarse la respectiva condenación. Cuanto a intereses, de conformidad con el artículo 1617 del C. C., son los legales desde el 1º de abril.

La solicitud que hace el demandante sobre condenación en costas (los gastos del juicio, dice), no puede prosperar; en el recurso de casación, porque es él el recurrente y su pretensión prospera, sin lo cual las costas de éste serían de cargo suyo; y en las instancias no se halla temeridad en su contraparte, acerca de lo cual es de observarse que la causa de ésta fue en ambas acogida.

Como se ha dicho, el señor Numa quedó investido de la acción conducente a que los señores Quinteros (Miguel y Roberto), le reembolsen lo que resulte pagado por él en exceso, es decir, la cuota proporcional de cada uno de ellos en la diferencia que en su día se establezca entre lo pagado por Numa (hoy su sucesión), de sus propios fondos para completar el crédito de Martín Quintero y la suma inferior a que ascienda el total de pagos por créditos activos de la sociedad comercial colectiva Numa & Quinteros, disuelta por la citada escritura que ellos tres otorgaron en la Notaría de Ocaña con el número 34, el 18 de enero de 1928, y cedidos allí a Numa, acción expresamente prevista en ese instrumento y establecida en el documento que, en desarrollo y cumplimiento de lo pactado al respecto en él, suscribieron los tres en esa ciudad el 21 del mismo enero, y que, muerto él corresponderá, en su caso, a su sucesión.

Esa acción no ha sido materia del presente juicio, no es, pues, llegado hoy, aún su oportunidad, a que se agrega que toda repetición implica pago previo, como todo reembolso supone desembolso anterior de lo reembolsable. Cada uno de los Quinteros habrá de pagar a la sucesión de Numa una cuota en las pérdidas a que se refieren dicha escritura y documento; mas para ello es indispensable que se haya fijado previamente el preciso monto de aquéllas, lo que,

a su turno, implica la fijación previa del monto de lo recaudado por pagos de créditos activos de la prenombrada sociedad, para descontarlo como sustraendo de un minuendo que ha de ser la suma de lo pagado por Numa o su sucesión, pago que, como se ve, ha de ser el paso inicial o primer eslabón de la cadena.

Este recurso ulterior de Numa, hoy su sucesión, si se recuerda ahora para prevenir todo equívoco, no requeriría, en rigor de verdad, ser puesto aquí de presente, ya que en su caso lo establecerían las pertinentes disposiciones legales, y que, a mayor abundamento, fue expresamente estipulado por los tres ex-socios, tanto en la escritura pública como en el documento privado tan repetidamente citado en este fallo.

En cuanto a la oportunidad de cumplirse éste, no es el caso de que él la fije, siendo así que el artículo 549 del C. J., ordena la ejecución de toda resolución judicial desde su ejecutoria.

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 dictada en este pleito por el Tribunal del Distrito Judicial de Pamplona el treinta de septiembre de mil novecientos treinta y tres, y revocando la del Juzgado 1° del Circuito de Ocaña, condena a la sucesión del señor Esteban E. Numa a pagar en Ocaña, en moneda corriente, al señor Martín Quintero R. seis mil trescientos tres pesos, noventa y siete centavos ($ 6,303.97), con sus intereses legales desde el primero de abril de mil novecientos veintiocho hasta el día del pago total. No hay condenación en costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Por el Secretario, el Oficial Mayor, **Emilio Prieto Hernández.**

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA

PLAZO TACITO

Salvamento de voto del magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo

Por escritura número 34, de 18 de enero de 1928, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Ocaña, los señores Esteban E. Numa, Roberto Quintero R. y Martín Quintero R. disolvieron extraordinariamente la sociedad colectiva de comercio que los tres habían formado bajo la razón social de Numa & Quinteros.

La liquidación fue hecha sobre estas bases:

"a)—El socio Esteban E. Numa queda hecho cargo del activo y pasivo de la indicada sociedad; b)—Para pagar el aporte y utilidades del socio Martín Quintero R., Numa le firmará un documento privado, en el plazo y condiciones que allí se estipulen; c) Como el socio Martín Quintero R. es también acreedor por dineros suministrados para el giro de los negocios, su acreencia se le pagará con lo que se colecte de las deudas a favor de la sociedad".

Adelante se dijo:

"Tercero.—El socio Roberto Quintero, en su condición de industrial, declara a la sociedad a paz y salvo, pues ha recibido las utilidades que le correspondieron.—Cuarto. Las pérdidas que sobrevengan por insolvencia de los deudores a la sociedad, se repartirán proporcionalmente entre los socios. Quinto.—Desde esta fecha entra el socio Numa en posesión del activo y pasivo social; por consiguiente, queda en la necesaria personería para cobrar el activo y pagar el pasivo".

Posteriormente, el 21 de enero de 1928 Numas y los Quinteros R., Martín y Roberto, firmaron un documento privado que en lo sustancial dice así:

"... el total de las acreencias a favor de la sociedad se ha destinado para el pago de la suma de diez mil ochocientos sesenta y siete pesos con doce centavos oro legal ($ 10,867.12), saldo a favor de Martín Quintero R., y que éste debe recibir a medida que se vayan haciendo efectivos los cobros, siendo de cargo del señor Esteban E. Numa el saldo que falte, por haber éste tomado el activo y pasivo de la sociedad; y que lo que deje de recaudarse, debe repartirse por partes proporcionales entre los tres socios. Además, queda como compromiso el de hacer el cobro por medio de los juzgados, de todas aquellas deudas que no hubieren sido cubiertas el día último del mes de marzo del corriente año".

Tengo para mí, y en ello adhiero a la respetabilísima opinión de mis colegas, que Numa se subrogó en los derechos de la sociedad disuelta y se sustituyó en sus obligaciones; que su carácter no fue de liquidador social sino de dueño de todo el activo y responsable de todo el pasivo; que se obligó a pagar a Roberto Quintero R. la cantidad de $ 10,867.12 a que montaron su puesta de capital, sus utilidades y sus préstamos, y que tal Numa se comprometió a pagar a tal Quintero R. aquella parte del crédito en favor de éste que no fuera satisfecho con las recaudaciones de los dineros debidos a la sociedad disuelta.

Pero me atrevo a discrepar de la poinión de mis honorables colegas y lo hago con pena, en cuanto ellos consideran que la obligación de Numa en favor de Martín Quintero R. venció el día último del mes de marzo de 1928.

En mi sentir, esta fecha, consignada en el documento privado, no tiene nada que ver con el plazo de las obligaciones contraídas por Numa.

En la escritura y en el documento se estipuló, con mucha claridad, que a Quintero R. se le pagaría con lo que se cobrara a los acreedores de la sociedad y "a medida que se vayan haciendo efectivos los cobros".

Como Numa se hizo responsable de todo el pasivo en general y particularmente de satisfacer a Quintero R. por cualquier saldo que no le fuera satisfecho con el monto de las recaudaciones, jurídico es afirmar que Numa no podía eximirse de pagar a Quintero R. diciendo que los acreedores de la sociedad no pagaban o que sus pagos no eran suficientes para cubrir la totalidad de lo debido a Quintero R.

De ahí que la recaudación paulatina de lo debido a la sociedad no afecta la obligación contraída por Numa a favor de Quintero R. Este llegó a ser acreedor de aquél con absoluta independencia de tal recaudación. Si se habló de ésta, diciendo que se efectuaría poco a poco, ello no tiene más trascendencia que la de indicar, en forma bastante vaga, los tiempos en que el deudor pagaría al acreedor. Es decir, a medida que recaudara lo debido por terceros a la sociedad disuelta. El día último de marzo nada tiene qué ver, en mi opinión, con el vencimiento de la obligación contraída por dicho señor en favor de Quintero R. Se fijó esa fecha para indicar que el deudor debería proceder sin pérdida de tiempo a cobrar judicialmente lo debido por los acreedores de la sociedad. Nada más. Pero quedó dominando el principio de que la deuda por $ 10,867.12 se iría pagando a medida que se hicieran los cobros a los acreedores sociales.

Pero como no sería razonable decir que Numa podía dejar los cobros para el siglo venidero, estimo que Quintero R., cuya calidad de acreedor no puede negarse, podía demandar a su deudor.

Si el actor pensaba que el plazo para el vencimiento de la deuda era el 31 de marzo de 1928, parece razonable creer que hubiera demandado en juicio ejecutivo conforme a la ley 40 de 1907, en su artículo 47. La obligación de Numa era expresa y clara, pero no exigible ejecutivamente.

Me atrevo a pensar que mis honorables colegas han visto un plazo expreso en donde no hay sino un plazo tácito. Pero reconozco que puedo ser yo quien ha confundido las dos cosas. Creo, como lo creen ellos, que la deuda existe. Discrepamos en la interpretación del plazo. Para ellos fue expreso; para mí fue tácito.

Copio estos dos párrafos del señor abogado de Quintero R. ante la corte, de los cuales parece deducirse que quizá no ande yo muy descaminado en mis apreciaciones sobre plazo tácito, que es el indispensable para el cumplimiento de una obligación, como lo prescribe el artículo 1551 del código civil:

"Medió ciertamente un plazo, pero el indispensable para cumplir lo pactado, y era el término razonable o indispensable para hacer el cobro de las deudas destinadas a pagar al actor su saldo. Dicho término se inició el mismo día del documento, pero resulta probado de modo evidente que entre el 1º de abril de 1928 y el 19 de septiembre de 1930, Numa primero y luégo sus sucesores fueron omisos en el cumplimiento del compromiso de cobrar las deudas ante los jueces, y desde luego Quintero tuvo acción para exigir judicialmente el pago del saldo a su favor, sin necesidad de reconvención judicial previa para constituír en mora a los deudores. "Cuando el plazo es tácito, dice la Corte, para cumplir una obligación no hay necesidad de requerimiento judicial para que el deudor quede constituído en mora". (Gaceta Judicial, tomo XXXIII, pág. 20, 3ª).

"En un caso de gran analogía la misma Corte estimó que el incumplimiento por parte del obligado a pagar una suma de pesos, en la ejecución de ciertos hechos que mientras no se realizan o se cumplen prorrogan el término para el pago, da derecho para exigir éste inmediatamente".

Bogotá, enero 31, 1936.

Miguel Moreno J.

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UNA LIQUIDACION Y DE UNA COMPRAVENTA

Cuando realmente deja de reconocer un Tribunal una comprobación establecida satisfactoriamente, el cargo procedente en casación no puede ser el de violación del artículo 593 del C. J., contentivo de un precepto genérico, sino el de las disposiciones atañederas singularmente a las pruebas de apreciación omitida o errónea, para de ahí deducir el cargo de infracción de las disposiciones sustantivas violadas como consecuencia de esa omisión o error. La acción a que se refiere el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 no es popular y se concede a todo el que tenga interés en ella, sin que esa amplitud llegue en el propósito del legislador de facilitar los medios para que lo vicioso no viva y rija, al extremo de no requerir ese interés, jurídicamente indispensable como llave de entrada.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Bogotá, febrero doce de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. *Ricardo Hinestrosa Daza.*

Ante el Juzgado del Circuito de Girardot demandó en vía ordinaria Salvador Pérez a Deogracias Román y otros, todos de esa vecindad, sobre nulidad de una liquidación social y una compraventa y sobre otros puntos, todo lo cual se detallará adelante. El Juzgado declaró de oficio la nulidad absoluta de la liquidación aludida y negó las peticiones restantes del libelo, el 14 de octubre de 1932. Ambas partes apelaron de este fallo, y la segunda instancia se cerró con el del 31 de agosto de 1934, que niega todos los pedimentos de la demanda. Pérez interpuso contra esta sentencia recurso de casación que va a decidirse.

Antecedentes:

1º Por escritura número 487 se constituyó la Sociedad de Obreros de Girardot, en la Notaría de ese Circuito, el 18 de septiembre de 1916, con duración de diez años y bajo los estatutos allí incorporados.

2º El Poder Ejecutivo le reconoció personería jurídica por resolución de 9 de marzo de 1917.

3º Por escritura número 711, en esa Notaría, el 10 de septiembre de 1926, se reformaron los estatutos y se prorrogó por otro decenio el plazo de la llamada sociedad.

4º Deogracias Román, Urbano Trujillo, Carlos E. Rodríguez, Pedro Rojas Palma, Domingo Bonilla, Alcibíades Rojas E., Jorge Vega y Vicente Quintero, lista que es la de los demandados en este juicio, diciendo ser la totalidad a la sazón de los socios de aquélla y cumplir determinaciones de la misma transcritas al efecto, por medio de la escritura número 29 el 8 de enero de 1929, en aquella Notaría, procedieron a liquidar la llamada sociedad adjudicándose a sí mismos en común y en la proporción allí determinada la casa de aquella ciudad que deslindan y de que dicen ser el único haber social, aunque para la época de la prórroga ya citada aparecieran en el activo otros bienes.

5º A renglón seguido (el 29 del mismo enero), en esa Notaría otorgaron las mismas personas cuya lista se formula en el punto precedente, la escritura número 96, por medio de la cual quedó enajenada la totalidad del referido inmueble a Deogracias Román, mediante la transferencia que en venta le hicieron de sus respectivas cuotas los restantes adjudicatarios prenombrados.

El 29 de agosto subsiguiente (1929), formuló Pérez la demanda inicial del presente juicio, encaminada a obtener declaración de nulidad de la liquidación y enajenación dichas y la consiguiente orden de entrega a la sociedad, tanto del aludido inmueble como de los muebles de ella y de su archivo, y el pago de los frutos de aquél y de las costas del pleito. En subsidio pidió declaración de rescisión por lesión enorme de esa misma compraventa, con el consiguiente pago de frutos y costas.

El Juzgado conceptuó que Pérez no tiene la calidad de socio con que se presenta y que, por tanto, carece del interés invocado por él mismo y necesario en ley para demandar la nulidad de que se trata, y rechazó por eso su demanda principal, del propio modo que rechazó la subsidiaria de rescisión, por no ser Pérez parte contratante en esa compraventa. Pero, estimando el Juzgado que hay una nulidad a la luz del artículo 649 del C. C. y que ella aparece de manifiesto en el instrumento respectivo, de oficio la declaró, en lo tocante a la liquidación mencionada, estimando que debía cumplir lo que al efecto ordena el artículo 15 de la Ley 95 de 1890.

No compartió este último concepto el Tribunal y, por tanto, no halló del caso declarar de oficio la nulidad de que acaba de

hablarse; pero si abundó en los mismos conceptos del Juzgado en lo atañedero a falta de interés y consiguiente carencia de personería sustantiva de Pérez para solicitar lo que su demanda suplica; de manera que, revocando la sentencia de primer instancia, la de segunda absuelve a los demandados de los cargos de la demanda y expresamente niega todo lo pedido en la demanda de Pérez.

Los cargos de éste en casación se refieren a la referida nulidad absoluta de la liquidación y de la enajenación de enero de 1929. No presenta ante la Corte lo atañadero a lesión enorme, súplica subsidiaria de que, por otra parte, él había de tiempo atrás prescindido.

Esos cargos son, ante todo, el de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas y consiguiente violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890, por haberlo dejado de aplicar siendo el caso; y, por otra parte, violación de otras disposiciones del Código Civil que se citan en seguida, resumiendo el cargo respectivo. Con motivo de la apreciación de las pruebas acusa al Tribunal, además, de violación de los artículos 593 y 595 del C. J.

Los artículos del C. C. a que acaba de aludirse son:

El 2090 que, en lo tocante a sociedades anónimas, sujeta las civiles a las mismas reglas de las comerciales. El cargo se hace consistir en que a estas reglas se faltó en las citadas prórroga y liquidación de las sociedades de que aquí se trata.

El 2107, en cuanto su numeral 4º prohibe a cada socio introducir innovaciones en los inmuebles sociales sin el consentimiento de los demás socios; y en el presente caso—dice—los demandados en su propósito de apoderarse de la casa de la sociedad, sin ser todos ellos socios y prescindiendo de muchos que sí lo eran, sacrificaron a éstos y a la sociedad apoderándose de esa finca mediante una liquidación que es nula y una subsiguiente enajenación, que también lo es. Y el Tribunal a pesar de todo, se niega a declarar esas nulidades.

El 2141, en cuanto no se tuvieron presentes las reglas de la partición de bienes hereditarios en la que la demanda ataca.

Además, acusa de violación de los citados artículos del C. J., porque—dice el recurrente—se desoyen las pruebas aducidas por él sobre la calidad de socio con que se ha presentado a demandar, y, además, se deja de exigir a los demandados la prueba del hecho positivo afirmado por ellos de que el demandante dejó de ser socio, y fue así como el Tribunal encontró la carencia de interés en fuerza de la cual negó todas las peticiones del libelo.

Como salta a la vista, de todos estos cargos el inicial y cardinal es el relativo a la personería del demandante, pues sólo habiéndosela sería como cabría estudiar los restantes cargos, y por mejor decir, como habría habido posibilidad y ocasión de que el Tribunal incurriera en las restantes violaciones que el recurrente le atribuye.

Desde la iniciación del juicio los demandados objetaron la personería del demandante Pérez, al punto que sobre ilegitimidad de ella opusieron y se sustanció la correspondiente excepción dilatoria; pero, hallando el juzgador que Pérez, si invocaba su calidad de socio, no demandaba como representante de la sociedad y en nombre de ella, estimó que el reparo no miraba hacia su personería adjetiva, atacable, en su caso, como tal excepción dilataria, sino hacia la personería sustantiva, en cuanto atañe al fondo para afirmar o negar si la acción incoada le asiste; y reservó la decisión, por ende, para el fallo definitivo, donde efectivamente se pronunció.

Con motivo de ese incidente, en él declararon al respecto diez testigos, todos acordes sobre que la sanción estatutaria de perder un socio su calidad de tal por falta del pago de sus cuotas se aplicó efectivamente, y si uno de ellos hace la salvedad de que en lo tocante a Pérez nada le consta, los nueve restantes declaran categóricamente constarles que este señor quedó desde 1922 fuera de la sociedad por esa causa. Así se leen sus declaraciones en lo que vino a formar el Cdno. 2º del folio 35 al 40. A esas declaraciones se agregan las de instancia (Cdno. 5º, folios 16 y siguientes).

Los estatutos contienen en realidad esa sanción en el artículo 5º del capítulo II, sobre "Deberes de los socios", como se lee al folio 11 del Cdno. 3º. Los testigos, repítese, establecen que la sanción se aplicó a Pérez desde 1922. La demanda, que es de 1929, vino, pues, a formularla cuando había perdido la calidad que invoca y con que la formula, y de donde se deduce su interés, al tenor de la misma y de sus alegaciones en el curso del litigio, hasta su demanda de casación inclusive.

La reforma de estatutos contenida en la escritura citada de 1926, permitió entrar de nuevo como socios a quienes, habiendo

incurrido en la sanción, solicitasen su reincorporación y pagasen sus cuotas (Cdno. 8º, folio 20), y señaló para esto un plazo que vencería con marzo de 1928. Pérez no demostró, ni alegó siquiera, haberse acogido a esta nueva disposición.

Pérez reclama a su contraparte la presentación de prueba escrita en que conste su expulsión de la sociedad, esto es, la cesación de su calidad de socio, y a la verdad tal prueba no aparece en el proceso; pero al propio tiempo se observa que él no adujo prueba alguna escrita en que esa calidad constase. Ni en la escritura de formación de la sociedad ni en la de reforma y prórroga figura su nombre, y el libro de inscripción o lista de socios de que hablan los estatutos al enumerar los deberes del secretario, no aparece. El incidente de exhibición seguido por Pérez para la de este libro, con el fin expreso, de conformidad con el artículo 300 del C. J., de comprobar, entre otros hechos, su inscripción en referencia, quedó decidido negativamente por auto del Juzgado de 4 de febrero de 1931, confirmado por el Tribunal en el de 15 de junio del mismo año.

Así la prueba única con que el demandante acredita su personería, quedaron siendo los recibos sobre pago de sus cuotas periódicas de socio, recibos que forman unos los folios 1 a 5 del Cdno. 9º y otros los folios 41 a 52 del Cdno. 2º.

Estos recibos, en gran parte, fueron tachados por los demandados, en cuanto aparecen algunos con fechas posteriores a 1922, lo que los demandados inculpan como alteración de las fechas auténticas y verdaderas, observando, entre otras cosas, que todos los recibos están autorizados como tesorero por persona de quien demuestran que, si lo fue hasta ese año, dejó de serlo desde el mismo. Pérez no adujo pruebas sobre autenticidad que desvaneciesen el cargo; pero al propio tiempo cabe observar que la tacha no fue probada, que no hubo incidente al respecto ni, por tanto, pruebas que, como la pericial, por ejemplo, hubieran establecido la verdad sobre ese detalle.

Pero hay algo de más predicamento y decisivo sobre esos recibos, a saber:

La citada disposición de los estatutos dice: "El socio que deba a la caja, las cuotas correspondientes a cuatro semanas, pierde todo derecho en la sociedad y quedará sin derecho a la devolución del dinero que haya consignado, pues se borrará".

Así, pues, la cancelación de una inscripción de socio, la pérdida de esta calidad se producía, por decirlo así, automáticamente; de manera que para acreditar con recibos la conservación de la calidad de socio era preciso exhibir los correspondientes a los últimos períodos inmediatamente anteriores a la liquidación de la sociedad. Como ésta fue de comienzos de enero de 1929, esos períodos, tomados semanalmente, para seguir los estatutos, eran de diciembre de 1928. Y ninguno de los recibos traídos a los autos por Pérez llega a ese mes ni al de noviembre siquiera, aún abstracción hecha de lo que sobre alteración de fechas quedó indicado.

De Cargo de Pérez era, como demandante y también por consistir en la afirmación de un hecho categórico y positivo, la prueba de haber conservado su referida calidad. Como queda visto, no figurando su nombre en las citadas escrituras de fundación y de prórroga, no habiéndose aducido matrícula ni habiéndose traído dato alguno tomado de un libro de inscripciones, todo se redujo, en lo que hace a la comprobación en referencia por parte de Pérez a los recibos mencionados; y queda visto también que, aun sin detener el análisis en los recibos en sí y la verdad de las fechas con que aparecen, ello es que ninguno de estos corresponde a la época en que precisamente, al tenor de la escritura social, debían pertenecer para poder acreditar por sí solos la permanencia o vigencia de la dicha calidad de Pérez para cuando en este pleito se requiere, según su misma demanda, que estuviera él revestido de tal calidad y consiguientemente provisto del interés necesario en ley a quien ejercita una acción como la de que aquí se trata.

No fue, pues, que el Tribunal dejara de reconocer una comprobación establecida satisfactoriamente por Pérez; fue que faltó esta comprobación.

No sobrará advertir que cuando realmente un Tribunal incurre en esa falta, el cargo en procedente casación no puede ser o bastar el de violación del artículo 593 del C. J., contentivo de un precepto genérico, sino el de las disposiciones atañederas singularmente a las pruebas de apreciación omitida o errónea, para de ahí deducir el cargo de infracción de las disposiciones sustantivas violadas como consecuencia de esa omisión o error.

Por otra parte, queda visto también que los demandados adujeron pruebas sobre la caducidad de la referida calidad de socio invocada por el demandante, a que se agrega que, por lo que acaba de decirse que de

éste era la carga de la prueba de la vigencia de esa calidad y sobre que no adujo tal prueba, es de reconocerse que ni ocasión hubo en tal virtud para que el Tribunal incurriera en la violación del artículo 595 que el recurrente le atribuye.

La íntima relación existente entre esa calidad y el consiguiente interés por una parte y, por otra, el hecho de asistir o no al demandante la acción incoada, hace deducir de lo dicho sobre el cargo relativo a apreciación de pruebas que, a su turno, es infundado el de violación del artículo 15 de la Ley 95 de 1890 por haberlo dejado de aplicar, puesto que, si se halla acertado el concepto del Tribunal sobre carencia de acción, en fuerza de carencia de interés, nacida de la carencia de la referida calidad, precisamente hay que conceptuar, como el Tribunal lo hizo, que no puede el fallo acoger esa acción, que no es popular, como él lo advierte, y que se concede por esa disposición legal a todo el que tenga interés en ello, sin que esa amplitud llegue en el propósito del legislador de facilitar los medios para que lo vicioso no viva y rija, al extremo de no requerir ese interés, jurídicamente indispensable como llave de entrada.

Y si la acción no asiste a quien la ejercita, ni lugar hay a considerar los cargos restantes que contra la sentencia formula, puesto que, aún en los casos en que de suyo hubieran de considerarse fundados, mal podría prosperar lo accesorio si por la falta de lo principal no tiene cabida.

El Juzgado si bien opinó sobre carencia de interés y de acción como aquí se ha visto, decidió que la declaración demandada es nula absolutamente y que, apareciendo de manifiesto esa nulidad, era el caso de declararla él de oficio, por mandato del citado artículo 15. Y fue así como, aun negando al demandante su personería sustantiva, declara la nulidad.

Apartóse de él en este último punto, el Tribunal, como ya se dijo, y por esto revocó esa sentencia, para limitar la suya a negar todas las súplicas del libelo. Para aquello encontró que no era el caso de hacer la declaración oficiosamente. No entró, pues, el Tribunal a considerar si se está o no en el caso del artículo 649 del C. C., que el Juzgado estimó ser el del inmueble sobre cuyo dominio se controvierte en tesis final.

Ese artículo 649 establece que cuando una corporación se disuelve y sus estatutos no han determinado la forma de disponer para entonces de sus propiedades, éstas pertenecerán a la Nación, con obligación de emplearlas en objetos análogos a los de la institución disuelta. A la luz de ese artículo y hallando que en el presente caso los estatutos no dispusieron sobre aquello, el Juzgado declaró la nulidad.

Pero del solo hecho de que aquello sucediera no puede dentro de este pleito deducirse la anulación demandada en él, ni anticiparse una solución que no puede quedar dictada debidamente, en su caso, sino en su lugar y oportunidad, previo el obligado estudio ad hoc, no como mero detalle en juicio extraño del todo a este punto, con el cual no tiene más conexión que la identidad de la cosa a que en último término todo ello se encamina.

En otras palabras: posible y aun probable es que se esté en realidad en el caso del citado artículo 649 y que a la postre, en tal virtud, el inmueble aquí cuestionado pertenezca a la Nación y así haya de declararse. Pero sobre nada de ello puede anticiparse concepto de fondo aquí, porque al Poder Judicial no le es dado sentenciar sin la tramitación correspondiente, en cuya pretermisión no debe incurrir.

En guarda de aquella contingencia, ha de poner sobre aviso a la Nación en la persona de los funcionarios respectivos, a fin de que, con el estudio debido, si se halla que tal es el caso, se proceda a las gestiones adecuadas, y, si ellas han de seguirse, como todo lo indica, ante el Poder Judicial, éste decida así y entonces lo de su resorte con el conocimiento previo que a toda providencia suya es de rigor.

Así, pues, sin dejar de reconocer que fue plausible el móvil determinante para el Juzgado de la declaración de nulidad, se halla que fue por lo menos prematuro y, de todos modos, que no se hizo en su sitio, dados los fines y modalidades de la presente causa, y dada, por otra parte, la necesidad de la actuación adecuada para que el pronunciamiento en favor de la Nación, a que haya de llegarse, en su caso, venga en su lugar y a su hora.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Repú-

blica de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma el fallo dictado por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá en esta causa el treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Sendas copias de esta sentencia, se enviarán al Procurador General de la Nación y al Superintendente de Instituciones de Utilidad Común.

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 ppdad.

AUTO PARA MEJOR PROVEER

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

Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha.

Por sentencia de fecha 18 de diciembre de 1935 esta Sala casó la dictada por el Tribunal Superior de Tunja el 17 de febrero de 1934, en el juicio ordinario promovido por Alejandro Bonilla Salazar, para la sucesión de Miguel Bonilla González, contra la Comunidad Dominicana, Leonidas Gómez y Julia Forero o Sor Elvira del Niño Jesús, y anunció que dictaría, antes del fallo de instancia, auto para mejor proveer, a lo cual ahora se procede. (Artículos 539 y 600 del C. J.).

A folios 20 y 21 del cuaderno de pruebas del demandante obra la diligencia de inspección ocular con peritos que practicó el señor Juez 2º del Circuito de Chiquinquirá, cuyo aparte marcado con el numeral "quinto" versa sobre el valor o precio comercial del inmueble especificado en la escritura número 149, otorgada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924, por la cual Miguel Bonila González vende al R. P. Fray Antonio María Sierra, como superior de la Orden de Dominicanos, una finca con sus casas de rafa y teja, enramadas, chircales, hornos y árboles, escritura que corre a folios 4 y ss. del cuaderno principal de primera instancia, valor o precio que los peritos fijan en ocho mil pesos ($ 8,000), considerando el de la época de la celebración del contrato (marzo de 1924), teniéndo en cuenta, dicen los peritos, la capacidad superficiaria del terreno, su situación, la calidad de la tierra y las edificaciones que entonces existían.

A folios 6 y siguientes del mismo cuaderno obra la escritura número 150, otorgada en las mismas Notaría y fecha de la número 149, por la cual el R. P. Sierra, de la mencionada orden de Dominicanos, vende a la señora Carmen Forero de Bonilla, allí presente con su marido Migeul Bonilla González, y con autorización expresa de éste, "una casa de rafa y teja con sus tiendas, sitio y solar, ubicada en el punto denominado La Raya, de la jurisdicción del Municipio de Saboyá, por los linderos que la escritura trae.

El precio de venta del inmueble determinado en la escritura número 149, de 8 de marzo de 1924, fue de ochocientos pesos ($ 800) moneda corriente, y el del inmueble de la escritura número 150, fue de cien pesos ($ 100) de la misma moneda.

Pues bien, el señor Juez del Circuito de Chiquinquirá se servirá practicar una inspección ocular en el inmueble determinado en tales escrituras, asociado de los mismos peritos señores Carlos F. López, Ricardo Fajardo y Roberto Luque N., de preferencia y si fuere posible hallarlos, o de no por medio de reemplazos que designará el señor Juez, en la forma que adelante se dirá, conocedores de la región y del inmueble en ese año de 1924, a fin de que, previa identificación de los linderos de las escrituras sobre el terreno, se sirvan ampliar su dictamen rendido en junio de 1932, o dictaminar ahora si no fueren los mismos peritos de entonces, al tenor del siguiente cuestionario:

1º Cuál era el precio o valor comercial del inmueble con sus edificaciones y accesorios vendidos por el superior de los Dominicanos a Carmen Forero de Bonilla, teniendo en cuenta los comprendidos dentro de la escritura número 150, y en aquella

época (marzo de 1924), y al dar el precio o valor del inmueble (sitio o solar, dice la escritura), con sus accesorios, expresarán las razones de su concepto y dirán si ellos conocieron, y por qué y cómo lo conocieron, ese inmueble en el referido año de 1924.

2º Determinado así el valor del inmueble (el de la escritura número 150), ¿qué valor le correspondía en marzo y junio de 1924 al resto del inmueble y de accesorios que formaba el predio total vendido por Miguel Bonilla G. al R. P. superior de los Dominicanos por la escritura número 149, de 8 da marzo de 1924 (folio 4, cuaderno principal de primera instancia), que los peritos avaluaron en junio de 1932 en ocho mil pesos? ($ 8,000), (folio 21, cuaderno de pruebas del demandante). Es decir, avaluado el inmueble mayor de la escritura número 149, y el de la número 150, cuál era en esa época el precio o valor del inmueble que se reservó la Comunidad Dominicana?

Para practicar esta diligencia se señala al señor Juez comisionado el término de veinte días (20), más el de las distancias, y se le autoriza para que cite a los peritos señores López, Fajardo y Luque N. y los reemplace en la ocasión prevista por el numeral 4º del artículo 706 del C. J., además de las que la ley le confiere por el artículo 714 del mismo.

Los gastos son a cargo del recurrente, sin perjuicio de lo que sobre costas se resuelva en la sentencia definitiva.

Remítase original el expediente.

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

(Fdos.) Eduardo Zuleta Angel, Miguel Moreno J., Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. El Conjuez, Valerio Botero Isaza.—Pedro León, Rincón, Srio. en ppdad.

AUTO PARA MEJOR PROVEER

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, marzo diecisiete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

En el juicio ordinario de Luciano Herrera contra Delfín Martínez, dijo la corte, en sentencia de casación, que antes de proferir fallo de instancia dictaría un auto para mejor proveer con el objeto de que se pusieran en claro ciertos puntos oscuros o dudosos.

A ello procede, de acuerdo con los artículos 539 y 600 del código judicial, y al efecto resuelve:

Comisiónase al tribunal de Pasto para que, por medio de peritos, nombrados en la forma ordinaria, compruebe estos hechos:

1º—Cuál era el tipo de cambio de la moneda de plata de ochocientos treinta y cinco milésimos que circulaba en la ciudad de Pasto, en relación con el oro legal colombiano, es decir, con cien pesos de oro legal cuántos pesos en moneda de plata se adquirirían en cada una de estas fechas: 18 de enero de 1913. 19 de julio de 1917. 31 de diciembre de 1917. 1º de enero de 1918. 1º de enero de 1920.

2º—Cuál era el promedio en cada mes del tipo de cambio entre el oro legal colombiano y la referida moneda de plata y que los comerciantes de Pasto aceptaban entre particulares, con posterioridad al 1º de enero de 1920, a pesar de la desmonetización de aquella moneda, y por cuánto tiempo se siguieron haciendo transacciones con ella, y a qué tasa.

3º—Cuál era el promedio en cada año del tipo de cambio para operaciones entre particulares de las mismas dos monedas, desde 1913 hasta la desmonetización total de hecho en el mercado de Pasto, de la moneda de plata antigua.

4º—Con vista del expediente y de los datos que arrojen las anteriores investigaciones, los peritos liquidarán la obligación que se cobra en este juicio, en cada una de las fechas a que se refiere el punto 1º, liquidación que harán de dos maneras: una teniendo en cuenta el tipo comercial del cambio y otra teniendo en cuenta el cambio en la proporción de doscientos pesos plata por

cien pesos moneda legal. Naturalmente los intereses que aparecen pagados se computarán también de las mismas dos maneras, teniendo en cuenta para la liquidación comercial las fechas de los abonos.

No hay inconveniente en que las partes designen los mismos peritos que designaron en las instancias y es de desear que así lo hagan.

El dictamen pericial será puesto en conocimiento de las partes, de acuerdo con el código judicial.

Las dos partes suministrarán por mitades todos los gastos que ocasione el cumplimiento de este auto.

Remítase el expediente al tribunal, a quien se le señala el término de la distancia y veinte días más para el desempeño de la presente comisión.

Notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno Jaramillo, Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha.—Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

NULIDAD ABSOLUTA ENTRE LOS SOCIOS

La sociedad es un contrato, idéntico a sí misma, esencialmente igual en todos los casos, aunque ofrezca las distintas formas de civil, mercantil o minero, y aunque presente los variados tipos de colectivo, comanditario o anónimo. Cuáles son los elementos esenciales del contrato de sociedad. La sociedad comercial no queda perfecta sino mediante escritura pública, registro civil y registro comercial. Estos contratos están sujetos a cuatro clases de nulidades. Qué se entiende por producirse nulidad absoluta entre los socios, según el artículo 472 del código de comercio. No pudiendo ser relativa la nulidad de que se trata, forzoso es concluir que la limitación contra los socios envuelve, en muy impropios términos, la idea 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. Como los terceros que contrataran con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no pueden sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones, ellos pueden ser demandados por quien corresponda, que no sería, claro está, una sociedad regular.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, marzo diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por escritura número 157, de 24 de febrero de 1911, otorgada en la notaría del circuito de Pereira, Indalecio González, como gerente de la Compañía de Navegación del Río Cauca, y Valerio Mejía M., en su propio nombre, hicieron varias declaraciones (cuaderno Nº 1, folio 56).

La Compañía compró a Mejía M. "una cuadra de terreno, en el punto en que éste tiene actualmente su bodega, a orillas del río Cauca", por el precio de $ 150.00.

Entre otras obligaciones, la Compañía contrajo éstas:

1ª—La de "dar a Mejía M. todo el tráfico por "La Virginia", en su bodega, y a recibir la carga que en ella se deposite, para transportarla hasta puerto "Mallarino", territorio de Cali";

2ª—La de "no descargar en la región de "La Virginia" en ningún otro punto";

3ª—La de "consentir que Mejía M. cobre por bodegaje dos y medio centavos oro, por cada bulto, que es la tarifa de la Compañía, pero si ésta la alzare, lo hará o podrá hacer Mejía M. igualmente y en iguales términos"; y

4ª—La de "no construir bodegas en la zona privilegiada. (Se reputa como región privilegiada en favor de Mejía M. una extensión de cincuenta cuadras, contadas veinte río arriba de la bodega y treinta hacia abajo)".

Entre las obligaciones contraídas por Mejía M., figura la expresada en estos términos:

"En ningún caso Mejía M. recibirá carga procedente de buques que no pertenezcan a la Compañía, durante el tiempo que dure este contrato y sus prórrogas; y si contraviniere a ello, incurrirá en favor de la Compañía en una multa de un peso oro por cada bulto".

Se estipuló que el contrato duraría tanto como durara ordinaria o extraordinariamente la Compañía, y se convino en que "si durante el tiempo de la duración del contrato, Mejía M. quiere vender su bodega, preferirá para ello a la Compañía; y si ésta no quisiere comprar, podrá vender a otro pero siempre que éste se someta totalmente a lo estipulado en el presente acto".

Díjose que Mejía M. podría "usufructuar el terreno vendido, excepto para puerto o astillero de buques" que no fueran de la Compañía, y se pactó que disuelta ésta, "el terreno con bodega y anexidades y accesorios será de propiedad de Mejía M., mediante el pago de ciento cincuenta pesos oro..."

Por escritura número 916, de 12 de diciembre de 1914, otorgada en la notaría del circuito de Pereira, Valerio Mejía M. vendió a Francisco Jaramillo Ochoa el terreno situado en "La Virginia", con dos bodegas y demás mejoras y anexidades (cuaderno Nº 1, folio 58).

De esta venta fue excluída la cuadra de terreno que Mejía M. había vendido a la Compañía de Navegación del Río Cauca por la citada escritura número 157.

En lo fundamental dice la escritura número 916:

"Que en esta venta entran las anexidades, traspasando igualmente al comprador los derechos de usufructo, recuperación de la cuadra vendida, y todos los derechos que adquirió según esa escritura de veinticuatro de febrero, sin reserva alguna, pero contrayendo el comprador todas y cada una de las obligaciones del vendedor según ella; de suerte que por la presente la mencionada compañía en nada cambia su situación o condición, y Jaramillo O. se sustituya o reemplaza en un todo al otorgante Mejía, teniéndose esa escritura como parte integrante de la presente... El comprador que está presente y a quien también conozco, declara que acepta esta escritura y que cumplirá las obligaciones que ella le impone".

Con el propósito de justificar la venta a Jaramillo O., hace constar Mejía M. que era de su deber preferir a la Compañía, pero que ésta, "una vez avisada, no aceptó esa preferencia, facultándolo para vender a otro, como así consta de la carta de la Compañía fechada en Cali el veinticuatro del pasado noviembre".

Por libelo fechado el 4 de agosto de 1926 (cuaderno Nº 1, folio 28), la Compañía de Navegación del Río Cauca demandó a Francisco Jaramillo O., para que, previa la tramitación de un juicio ordinario, se hicieran estas declaraciones:

Primera.—Que Jaramillo Ochoa infringió el contrato consignado en la escritura número 157 de 24 de febrero de 1911.

Segunda.—Que como consecuencia de la infracción, Jaramillo Ochoa incurrió en una multa, a favor de la compañía demandante, de un peso por cada bulto recibido en la bodega de "La Virginia", procedente de buques o destinado a buques que no pertenecían a la entidad demandante.

Tercera.—Que Jaramillo Ochoa está en la obligación de pagar a la Compañía de Navegación del Río Cauca, la cantidad de $ 426,990.00, a que asciende la pena pecuniaria de que se ha hablado.

Cuarta.—Que Jaramillo Ochoa debe pagar a la compañía demandante intereses legales sobre dicha suma, desde las fechas en que sucesivamente incurrió en la pena, hasta el día del pago.

Quinta.—Que Jaramillo Ochoa debe pagar las costas del juicio.

Para el caso de que no se hicieran las declaraciones pedidas en los puntos tercero y cuarto de la demanda, pidió la actora que el reo fuera condenado a pagarle la suma líquida que el juzgado fijara, oído el dictamen de peritos, como monto de la pena, juntamente con los intereses a la rata legal.

Y todavía para el caso de que no se hicieran las declaraciones pedidas en los puntos tercero y cuarto de la demanda principal y en las peticiones subsidiarias, solicitó la demandante se condenara al demandado a pagarle la cantidad que en juicio sumario se fijara sobre las bases sentadas por la sentencia, y además los intereses legales.

El 28 de septiembre de 1926 fue corregida la demanda en el sentido de pedir que Jaramillo Ochoa fuera condenado a pagar la cantidad de $ 431,729.00 y no la de $ 426,900.00, y los intereses de aquella cantidad.

Por escrito fechado el 9 de octubre de 1929, el demandado negó en lo fundamental los hechos de la demanda y propuso estas excepciones: carencia de acción, causa o derecho; nulidad; petición antes de tiempo; petición de un modo indebido; ser condicional la obligación que se demanda y no estar cumplida la condición; fuerza mayor o caso fortuito; error de hecho y de derecho; objeto y causa ilícitos, y todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de una obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió. A propósito de esta excepción, alega el demandado "la inexistencia de la compañía al tiempo de celebrar el contrato de que se trata, la falta de personería en el supuesto gerente de esa sociedad, la inexistencia de esa sociedad, suponiendo que hubiera tenido vida legal alguna vez, por quiebra posterior; la falta de formalidades sustanciales en el contrato invocado, etc."

Por sentencia fechada el 7 de abril de 1932, el juzgado 2º del circuito de Manizales declaró probada la excepción de carencia de personería sustantiva de la Compañía de Navegación del Río Cauca y del gerente que dio el poder para establecer el juicio, y, en consecuencia, absolvió al demandado de los cargos que se le formularon en la demanda (cuaderno Nº 2, folio 41).

Apelada esta sentencia, el tribunal de Manizales, en fallo de fecha 4 de abril de 1934, halló probadas las excepciones de "carencia de personería sustantiva de la Compañía de Navegación del Río Cauca", "carencia de personería sustantiva de los gerentes de tal Compañía", "carencia de

acción, causa o derecho", y "petición antes de tiempo y de un modo indebido", por lo cual confirmé la sentencia apelada, "en cuanto por ella se absuelve al demandado señor Francisco Jaramillo O., de los cargos de la demanda" (cuaderno Nº 2, folio 74).

Son ocho los fundamentos de la sentencia proferida por el tribunal de Manizales:

1º—El de que por no haber sido registrados los extractos de las escrituras sociales de la Compañía de Navegación del Río Cauca, ni tampoco publicados como lo exigen los artículos 469 y 470 del código de comercio, los contratos sobre constitución y prórroga de dicha compañía quedaron afectados de nulidad absoluta en armonía con los artículos 472 y 473 del mismo código, por lo cual dicha compañía "no existe como persona jurídica, de derecho, sino como simple sociedad de hecho..."

2º—El de que por la razón expresada, y por la de no haberse publicado las actas sobre nombramientos de gerentes, como lo exige la ley 42 de 1898, en sus artículos 2º y 3º, ni la compañía puede considerarse en este juicio como entidad de derecho, ni tenían su representación legal las personas que en ejercicio de la gerencia han intervenido, una en la celebración del contrato de 24 de febrero de 1911, base de este juicio, y otra para conferir poder al doctor González Piedrahita, "de lo cual resultan plenamente establecidas las excepciones de carencia de personería sustantiva de la Compañía de Navegación del Río Cauca y del gerente que dio poder para establecer el presente juicio..."

3º—El de que está probada la excepción de petición de modo indebido, a causa de que a Jaramillo Ochoa no ha podido demandársele por una compañía anónima viciada de nulidad absoluta, sino por la sociedad de hecho en que degeneró por falta de los requisitos necesarios para que surgiera una sociedad de derecho.

4º—El de que aún en el supuesto de que estuviese acreditada la compañía demandante como sociedad de derecho, carece de acción para demandar en este juicio a Jaramillo Ochoa, por varias razones: a)—Porque Jaramillo Ochoa no pudo quedar ligado en forma alguna para con la compañía, "pues aparte de que como se dijo, según el artículo 1942 del código civil, el pacto de retroventa consignado en la escritura número 157, no podía cederse, en cuanto hace al usufructo aunque éste sí hubiera podido cederse, ello en nada libraba al cedente Mejía de sus obligaciones para con la citada compañía de navegación, según el artículo 852 del mismo código, y era él por tanto, quien seguía siendo directamente responsable para con aquélla; b)—Porque si Mejía podía ceder sus derechos provenientes del contrato de 1911, no le era posible transmitir sus obligaciones a menos que ocurriera el caso de novación por sustituírse un nuevo deudor al antiguo, lo cual no ocurrió; y c)—Porque si Jaramillo Ochoa pudo contraer obligaciones en relación con el contrato de 1911, como en efecto las contrajo, el acreedor de esas obligaciones no es la compañía sino Mejía M., única persona que podría demandar su cumplimiento.

5º—El de que si la acción hubiera resultado procedente contra Jaramillo Ochoa, apenas lo hubiera sido con respecto a la pena "por razón de los bultos recibidos en la bodega, y no por los bultos despachados, de acuerdo con el tenor literal del contrato, con su interpretación natural, y con lo dispuesto en el artículo 1624 del código civil, caso de ambigüedad, la que en realidad no existe", de lo cual se deduce que la acción, caso de proceder contra Jaramillo Ochoa, "sólo hubiera podido seguirse por $ 49,745, equivalentes a los 49,745 bultos recibidos en la bodega de barcos no pertenecientes a la Compañía de Navegación del Río Cauca, y no por los 381,984 bultos entregados, de acuerdo con el contrato celebrado entre dicha compañía y el señor Valerio Mejía M., pues la escritura número 157, y el celebrado entre dicho Mejía M. y el demandado Jaramillo O., pues según la cláusula sexta del primero de dichos contratos, y que es la base principal del presente juicio, Mejía M. se comprometió fue a no recibir en la bodega existente en la cuadra de terreno que la compañía le compraba, "carga procedente de buques" que no pertenecieran a dicha compañía, durante el tiempo fijado al contrato y sus prórrogas, incurriendo, en caso de contravención, en una multa de un peso oro por cada bulto, pero nada se dijo, pues ello no se estipuló ni podía estipularse, que Mejía no podía entregar o despachar bultos en barcos no pertenecientes a dicha compañía, como lo ha entendido el demandante para pedir sobre ello pena igual o equivalente, en su demanda".

6º—El de que si procediera la acción contra Jaramillo Ochoa, a éste no podría hacérsele responsable de las infracciones del contrato ocurridas con anterioridad a la fecha en que fue registrada la escritura número 916, de 12 de diciembre de 1914, en que consta la convención celebrada entre

Valerio Mejía M. y Francisco Jaramillo Ochoa, "la cual sólo aparece que fue registrada en enero de 1915, según la correspondiente nota que figura al pie de la copia presentada en el juicio".

7ª—El de que no apareciendo en las relaciones presentadas, y autorizadas con la firma del intendente de la navegación del río Cauca, en cuál o cuáles de las varias bodegas que existían en el puerto de "La Virginia" fueron recibidos los bultos de que se habla en tales relaciones, tampoco hubiera podido hacerse en esa materia declaración alguna contra el demandado, pues los bultos han podido ser recibidos en bodega o en bodegas distintas de la indicada en el contrato de 1911.

8ª—El de que "el actor no podía demandar por el cumplimiento de la pena sino como consecuencia de la acción resolutoria del contrato, o de la acción en que se pidiera el cumplimiento del mismo contrato, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1546, 1594 y 1608 del código civil; y que como así no se hizo por el actor, esa omisión engendra la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido, alegada también por el demandado".

El actor interpuso recurso de casación contra la sentencia del tribunal de Manizales, y su apoderado ante la corte adujo, para pedir la infirmación del fallo, las causales que van a expresarse:

a)—La de que el recurrente llama "violación de claras disposiciones contractuales", por cuanto sostuvo el tribunal que el contrato celebrado entre Valerio Mejía M. y la Compañía de Navegación del Río Cauca no podía ligar a Jaramillo Ochoa con dicha sociedad. Considera el tribunal que Mejía M. no podía ceder sus obligaciones en favor de la compañía así como tampoco podía ésta adquirir derechos contra Jaramillo Ochoa. Dice que Mejía M. "sería el que en tal caso podría demandar a Jaramillo Ochoa por el cumplimiento de tales obligaciones, o por los perjuicios sufridos por el incumplimiento, o por la infracción, por parte de Jaramillo O., del susodicho contrato". El recurrente invoca el artículo 1502 del código civil para sostener que el contrato entre Mejía M. y Jaramillo Ochoa reúne los requisitos necesarios para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, y dice que ha habido interpretación enrevesada de los textos legales.

b)—La consistente en no aplicación al presente caso y en interpretación enrevesada del artículo 1690, en su ordinal 3º, que habla del modo de novación por sustitución de un nuevo deudor al antiguo. Afirma el recurrente que Jaramillo Ochoa adquirió de Mejía M. derechos pero no deudas, y declara luégo que dicho Jaramillo Ochoa contrajo las obligaciones anexas a todo contrato bilateral, oneroso y conmutativo. Agrega el recurrente que la sentencia incurre en error de derecho al negar mérito legal a la escritura que contiene el contrato celebrado entre Mejía M. y Jaramillo Ochoa, admitiendo una novación que no se efectuó y quitándole fuerza al contrato con afirmaciones sin respaldo en preceptos legales.

c)—La de violación de los artículos 472 y 479 del código de comercio, por aplicación indebida, porque no se les dio el sentido del legislador, el cual quiso que los terceros no pudieran sustraerse a las obligaciones contraídas en favor de las sociedades nulas entre los socios.

ch)—La de errónea aplicación de los artículos 469, 470, 471, 472, 473 y 567 del código de comercio; de los artículos 2º y 3º de la ley 42 de 1898; del artículo 4º del decreto legislativo Nº 2 de 1906 y del artículo 4º del decreto legislativo Nº 37 de 1906. Dice el recurrente que el tribunal violó estos preceptos por las siguientes razones: porque las nulidades no pueden aplicarse sino restrictivamente y no con el criterio de analogía; porque no habiendo plazo para la publicación del extracto social, es injurídico sancionar con la nulidad la omisión de ese requisito; porque el artículo 567 se refiere a solemnidades que dicen relación exclusivamente con las sociedades anónimas extranjeras, con la suprema inspección del presidente de la república, con la prohibición de constituír sociedades contrarias a las buenas costumbres y al orden público, etc., etc., y que en el caso de esta litis la compañía actora no se halla sujeta al expresado artículo; porque no se puede sancionar con la nulidad, por omisión de ciertas formalidades externas, a las compañías anónimas, fundándose para ello en el artículo 472, que se refiere únicamente a las sociedades colectivas, y porque la ley habla de nulidad absoluta entre "los socios", con lo cual quiso significar que respecto de terceros la omisión de ciertas formalidades no acarrea nulidad.

d)—La de violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890, porque si Jaramillo Ochoa, como lo dice el tribunal, hubiera podido entenderse incorporado al contrato entre la compañía y Mejía M., es obvio que no po-

dría desvincularse de sus obligaciones, lo cual produce la consecuencia forzosa de echar por tierra la excepción de inepta demanda, declarada en el fallo. Añade el recurrente que en el falso supuesto de que la nulidad en la cesión del pacto de retroventa afectara a la compañía en las relaciones jurídicas provenientes del contrato a que se refiere la escritura número 916, Jaramillo Ochoa no podría alegar su propia culpa para exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones pactadas con la compañía, "porque es principio fundamental de derecho consignado en el artículo 15 de la ley 95 de 1890, que a nadie le es dado prevalerse de su propia culpa para pretender libertarse de sus obligaciones".

e)—La de indebida aplicación del artículo 852 del código civil, por errónea interpretación del contrato que consta en la escritura número 916. Niega el recurrente que el contrato entre Mejía M. y Jaramillo O. significara la cesión de un usufructo, y concluye así: "Pero aún, en el supuesto falso de que Jaramillo O. y Mejía hubieran pactado o hubieran creído pactar una cesión de usufructo, en la tesis del tribunal, tampoco sería el caso de aplicar la referida disposición del artículo 852, porque los contratos no son lo que los califiquen las partes, sino lo que aparezca claramente de su esencia misma y está plenamente demostrado que el contrato consignado en la escritura 856 es una compraventa regulada por los artículos 1849 y 1954 del código civil. Erró pues el tribunal, como queda dicho, al pretender aplicar disposiciones diferentes a las de la compraventa, a este contrato, que por su esencia misma tenía tal carácter preciso y determinado y desconoció, como consecuencia, las disposiciones correlativas sobre el dominio adquirido por este modo o título (artículos 669, 673, 745, 746 y 765)".

f)—La de indebida y errónea aplicación del artículo 1640 del código civil y del artículo 8º del mismo código, por indebida interpretación del contrato consignado en la escritura número 916, porque aceptando en gracia de discusión que efectivamente Mejía y Jaramillo Ochoa pactaron en dicha escritura la cesión de los derechos del pacto de retroventa, la nulidad de la estipulación viciada no podría hacerse extensiva a la compañía, que no aceptó esta cesión prohibida por la ley. Este vicio no puede ni debe afectar a la compañía, tercera persona que no intervino en el contrato.

g)—La de violación directa de los artículos 1602 y 1603 del código civil, por indebida interpretación del contrato consignado en la escritura número 916, porque no puede aceptarse el criterio del tribunal cuando al interpretar el contrato referido dijo que Jaramillo O. pudo contraer obligaciones en favor de Mejía M. pero no en favor de la compañía.

h)—La de indebida y errónea aplicación del artículo 1624 del código civil, por razón de una equivocada interpretación del contrato contenido en la escritura número 197, porque la regla de este artículo es el último remedio al cual puede acudirse cuando del texto del contrato no se deduce su verdadero sentido. Por tanto, dice el recurrente, "el tribunal erró al querer aplicar el referido precepto al caso en estudio y violó también lo dispuesto en este mismo artículo que hace obligatoria la aplicación previa de los citados artículos 1618 a 1624".

i)—La de indebida y errónea aplicación de los artículos 2673 y 2674 del código civil, por equivocada interpretación del contrato que consta en la escritura número 916, porque las prestaciones distintas de la referente a mutación del dominio no requerían la formalidad del registro y regían por tanto desde que se otorgó la escritura.

j)—La de indebida aplicación de los artículos 1546, 1594 y 1608 del código civil y la de violación del artículo 1595, por errónea interpretación del contrato contenido en la escritura número 197, porque el artículo 1546 se aplica precisamente cuando no se ha establecido cláusula penal y es preciso determinar por medio de un juicio contradictorio cuál es el verdadero monto de los perjuicios, porque los artículos 1594 y 1608 se refieren a los casos en que se pide el cumplimiento de una obligación positiva, y porque, consiguientemente, no está probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

La corte considera:

Capítulo I.

La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación.

La sociedad puede ser comercial o civil. Comercial, la que se forma para negocios que la ley califica de actos de comercio. Civil, la que no es comercial. Puede estipularse que la sociedad, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de

la sociedad comercial. La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita o anónima. Esto enseña, literalmente, el código civil, en sus artículos 2085, 2086 y 2087, colocados en el capítulo sobre "diferentes especies de sociedad".

El código de comercio dice (arts. 463 y 597) que la ley reconoce tres especies de sociedad:

1ª—Sociedad colectiva;
2ª—Sociedad anónima;
3ª—Sociedad en comandita, simple y por acciones.

Y prescribe el código minero que las sociedades para la elaboración de minas pueden ser de cuatro clases: colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias. Las últimas son más bien comunidades reglamentadas (art. 247).

Así como la compraventa no cambia de esencia porque esté sujeta al código civil o al de comercio; así como la cesión de derechos, que es un solo fenómeno, comprende la de créditos personales, la de herencia, la de litigios y la de efectos públicos y de comercio; así como el arrendamiento, sin dejar de ser uno, versa sobre el goce de cosas o sobre la ejecución de obras o sobre la prestación de servicios; así como el mandado no pierde su identidad porque unas veces sea gratuito y otras remunerado, unas civil y otras comercial, en ocasiones general y en ocasiones especial; así como el mutuo civil y el préstamo comercial son en principio una misma cosa; así como el depósito propiamente dicho y el secuestro son dos maneras de una misma convención fideicomisaria; así como la fianza, la prenda y la hipoteca no pierden, respectivamente, su entraña de contratos accesorios ni se desvían de asegurar el cumplimiento de obligaciones principales, porque ésta sea abierta o cerrada, de bienes presentes o futuros, de cosas propias o ajenas, o porque aquélla sea civil, comercial o agraria, o porque la de más allá asuma carácter de subsidio o forma de in solidum; así también el de sociedad es un contrato, idéntico a sí mismo, esencialmente igual en todos los casos, aunque ofrezca las distintas formas de civil, mercantil o minero, y aunque presente los variados tipos de colectivo, comanditario o anónimo.

No se incluye la cooperativa, si bien ella es también sociedad, porque la ausencia del único de lucro pudiera complicar el sistema, pero si se anota que las de producción, crédito, consumo, etc., etc., no son sino clases que pertenecen a una misma especie: la cooperativa. Por la misma razón no se habla de sindicatos, los cuales conservan su esencia en las formas de industrial, gremial, de empresarios, mixto, etc., etc.

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 sujetos 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. 463 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 otorga-

miento 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 105 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 si 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.

Capítulo 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.

Tanto 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 del registro comercial producen nulidad absoluta entre los socios. El artículo 473 les dá 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 constituida, pueden sustraerse por esta razón del 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 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 concluir 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 constituida, 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 demandara 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 (arts. 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 la compañía anónima, 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 cuando 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.

Capítulo III.

El tribunal declaró probadas estas excepciones:

A)—Carencia de personería sustantiva de la Compaña de Navegación del Río Cauca;

B)—Carencia de personería sustantiva de los gerentes de esta compañía;

C)—Petición de un modo indebido;

CH)—Petición antes de tiempo y de un modo indebido, y

D)—Carencia de acción, causa o derecho.

El fallo absolutorio se fundó en estas excepciones y además en el hecho de que a juicio del tribunal no fue probada la infracción del contrato. Por tanto, este punto constituye un fundamento más de la sentencia recurrida, y, para mayor claridad, se lo distingue con una letra, así:

E)—Falta de pruebas.

Véase si el recurrente ha logrado echar por tierra los seis fundamentos A), B), C), CH), D) y E), sobre que descansa la sentencia acusada:

— 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 —

Siendo dilatoria la excepción de ilegitimidad de la personería de quienes se presentan como gerentes de una compañía anónima, no habría para qué atacarla en casación, puesto que el hecho de que el tribunal la declarara probada en sentencia definitiva, no le otorgó el carácter de perentoria, ni le dio, por lo mismo, fuerza de asiento del fallo. Por esto, y porque al admitirla se violó, por interpretación errónea, el artículo 3º de la ley 42 de 1898, invocado por el recurrente, cae esta excepción.

— 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.

CH

Dice el tribunal "que el actor no podía demandar por el cumplimiento de la pena sino como consecuencia de la acción resolutoria del contrato, o de la acción en que se pidiera el cumplimiento del mismo contrato, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1546, 1594 y 1608 del C. Civil; y que como así no se hizo por el actor, esa omisión engendra la excepción perentoria

de petición antes de tiempo o de un modo indebido, alegada también por el demandado".

Al hacer esta declaración olvidó el tribunal que en las obligaciones negativas se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse, y que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho, según enseñan los artículos 1595, inciso 2º, y 1612, inciso 1º, del código civil. Olvidó también que el artículo 1546 es aplicable a las obligaciones de dar, salvo el caso de inexistencia de la cosa, como lo prevé el 1870.

El tribunal violó en este punto, por indebida aplicación, el artículo 1546 del código civil, y violó asímismo, por infracción directa, el artículo 1595 de tal código, en su inciso 2º, preceptos ambos invocados por el recurrente. Cae esta excepción.

— 2 —

En el contrato celebrado por la Compañía de Navegación del Río Cauca con Valerio Mejía M., según escritura número 157, de 24 de febrero de 1911, se estipuló que "si durante el tiempo de la duración del contrato, Mejía M. quiere vender su bodega, preferirá para ello a la compañía; y si ésta no quisiere comprar, podrá vender a otro, pero siempre que éste se someta totalmente a lo estipulado en el presente acto".

En la escritura número 916, de 12 de diciembre de 1914, por la cual Valerio Mejía M. vendió a Francisco Jaramillo Ochoa un terreno con dos bodegas, excluyendo la cuadra perteneciente a la Compañía de Navegación del Río Cauca, se dijo lo siguiente: "Que en esta venta entran las anexidades, traspasando igualmente al comprador los derechos de usufructo, recuperación de la cuadra vendida, y todos los derechos que adquirió según esa escritura de veinticuatro de febrero, sin reserva alguna, pero contrayendo el comprador todas y cada una de las obligaciones del vendedor según ella; de suerte que por la presente la mencionada compañía en nada cambia su situación o condición, y Jaramillo C. se sustituye o reemplaza en un todo al otorgante Mejía, teniéndose esa escritura como parte integrante de la presente".

No obstante las dos cláusulas transcritas, dice el tribunal que la compañía demandante carece de acción para proceder contra Jaramillo Ochoa porque el pacto de retroventa no podía cederse; porque la cesión del usufructo no libraba a Mejía M. de sus obligaciones; porque éste no podía ceder las suyas a menos que ocurriera novación por sustitución de un nuevo deudor al antiguo, que en consecuencia quedara libre, y porque si Jaramillo Ochoa "pudo contraer obligaciones en relación con el contrato de 1911, como en efecto las contrajo, el acreedor de esas obligaciones no es la compañía sino Mejía M., única persona que podría demandar su cumplimiento".

Se considera:

Admitiendo que hubiese un verdadero pacto de retroventa, éste no pudo versar, no obstante la impropiedad de los términos, sobre la bodega, pues Mejía M. no se desprendió del dominio de ésta en favor de la Compañía de Navegación del Río Cauca. En varios pasajes se habla de "su bodega", para aludir al dominio de Mejía M. sobre tal establecimiento, y de una manera expresa se dice: "Si durante el tiempo de la duración del contrato, Mejía M. quiere vender su bodega, preferirá, etc., etc.".

Y no puede negarse que la obligación de no hacer está íntimamente ligada a la bodega consabida.

Por tanto, la observación sobre no cesibilidad del pacto de retroventa, suponiendo que éste existiese, nada tiene qué ver con la carencia de acción, puesto que la de retroventa y la de usufructo de que se hablará en seguida son estipulaciones independientes de la obligación de no hacer vinculada a la bodega.

Lo dicho por el tribunal sobre la venta del usufructo tampoco tiene influencia sobre la declaración de estar probada esta excepción de carencia de acción, porque el hecho de que Mejía M. continuara sujeto a obligaciones en favor de la Compañía de Navegación del Río Cauca, no significa que Jaramillo Ochoa quedara sin ninguna en favor de tal compañía.

La lectura de los dos contratos, el de Mejía M. con la Compañía de Navegación del Río Cauca y el del mismo Mejía M. con Jaramillo Ochoa, deja la impresión neta de que el último, al aceptar para sí todas las obligaciones contraídas por el primero, quiso obligarse y se obligó en favor de la segunda. No por sustitución noval sino por yuxtaposición. La delegación hecha por Mejía M. es imperfecta, y por eso quedaron dos deudores en vez de uno solo, merced a cierta accesión del delegado a la deuda del delegante. No se produjo novación, porque el acreedor no expresó su voluntad de dar por libre el primitivo deudor. A falta de

esta expresión debe entenderse que Jaramillo Ochoa fue diputado por Mejía M. para pagar a la Compañía de Navegación del Río Cauca la obligación de no hacer, o que Jaramillo Ochoa se obligó solidariamente con Mejía M. en favor de la entidad acreedora. En ambos casos la compañía delegataria puede proceder contra los dos, sin que el reconvenido goce de exclusión, pues del espíritu del acto no puede deducirse que la obligación del delegado naciera subsidiaria ni tampoco que tal carácter asumiera la del delegante. Por eso la compañía acreedora, considerando a Jaramillo Ochoa mero diputado de Mejía M. o codeudor solidario con éste, podía demandarlo de una vez y directamente.

El artículo 1694 del código civil tiene cuatro extremos: sustitución noval, diputación, solidaridad y subsidio. Para que se produzca cualquiera de los otros extremos, natural efecto de la delegación imperfecta, no se necesita que el delegatario o beneficiario, es decir, el acreedor, exprese su voluntad favorable a la delegación efectuada entre el delegante y el delegado. No hay necesidad de ello puesto que la mera diputación para el pago no exige el consentimiento de la persona que va a recibir, y puesto que el código, permitiendo sin restricciones que se estipule a favor de tercera persona aún sin conocimiento de ella (art. 1506), autoriza la yuxtaposición de deudores sin la venia del acreedor, yuxtaposición que en el presente caso aceptó el acreedor demandado al deudor yuxtapuesto.

También esta última excepción debe caer, porque declarándola violó el tribunal, unos por aplicación indebida y otros por errónea interpretación, los artículos 1502, 1602, 1603, 1620, 1621 y 1690, ordinal 3º, del código civil, invocados por el recurrente, debido a apreciación errónea de la escritura Nº 916 de 12 de diciembre de 1914.

— E —

Se casará la sentencia únicamente en cuanto declaró probadas las excepciones que se han señalado bajo las letras A), B), C), CII) y D).

No se puede estudiar la sentencia en cuanto absolvió por falta de pruebas, porque no le es posible a la corte, considerar el juicio por su aspecto probatorio, a causa de que este fundamento del fallo, suficiente por sí solo para sustentarlo, no ha sido atacado en casación.

Capítulo IV.

No se estudian otros capítulos de la sentencia, como efectos de no publicación de extractos y de actas, alcance o extensión de la obligación de no hacer contraída por Mejía M. y Jaramillo Ochoa a favor de la compañía demandante, fecha desde la cual quedó obligado el último, etc., etc., porque algunas de esas cuestiones serían materia de estudio en un fallo de instancia que no va a dictarse en este caso, y de otras no hay para qué tratar porque aisladamente no influyen en la declaración de la excepción.

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,

falla:

Primero.—Cásase la sentencia proferida por el tribunal superior de Manizales, de fecha 4 de abril de 1934, pero únicamente en cuanto dicha sentencia declaró probadas las excepciones de carencia de personería sustantiva de la Compañía de Navegación del Río Cauca; carencia de personería de los gerentes de esta compañía; petición de un modo indebido; petición antes de tiempo y de un modo indebido, y carencia de acción, causa o derecho, y en cuanto confirmó el fallo de primera instancia en lo relativo a declarar probadas algunas de tales excepciones.

Segundo.—Revócase la sentencia proferida por el juzgado 2º del circuito de Manizales, con fecha 7 de abril de 1932, en la parte en que dicha sentencia declara probadas las excepciones de carencia de personería sustantiva de la Compañía de Navegación del Río Cauca y del gerente que dio poder para establecer el presente juicio.

Tercero.—Como consecuencia de las declaraciones hechas en los puntos Primero y Segundo, Francisco Jaramillo Ochoa queda absuelto de los cargos que se le formularon en la demanda, por no estar probados los hechos de ésta referentes a la infracción del contrato.

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 J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

DEL TRANSPORTE EN GENERAL



Admitida por el tribunal, con razón o sin ella, pero sobre la base de ciertos datos que figuran en el expediente, la norma de que el zinc y el alambre de púas son mercaderías por su naturaleza expuestas a la intemperie, es decir, CARGA DE PATIO, fue lógico al no preocuparse por averiguar si en la hipótesis de haber resultado averiadas esas cosas por causa de lluvia o por otro elemento natural, hubo o no fuerza mayor inevitable, y si caso de haberla precedió o contribuyó a su advenimiento algún hecho o culpa del porteador. La indicación de que los cargamentos estaban mojados si es una reserva de los derechos que por causa de la humedad resultaran a favor del consignatario. No cree la corte que la "competente reserva", exigida por el artículo 373 del código de comercio, deba consistir en la expresión exacta de la avería, cuando ésta puede no conocerse en el momento de la entrega, aunque esté ya cumplida la causa cuyos efectos se conocerán un poco más tarde. El porteador es un tercero en las relaciones entre la compañía aseguradora y el consignatario.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, abril veinte de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por libelo fechado en Cartagena el 31 de enero de 1929, la Compañía Colombiana de Seguros demandó en juicio ordinario a The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd., para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera.—Que The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd. es responsable de la avería sufrida por un cargamento llegado a Cartagena el 10 de agosto de 1928 por vapor "Santa Marta", despachado del puerto de Nueva York por la United States Steel & Cº, cargamento que consistía en 2,500 rollos de alambre de púas y en 1,000 atados de láminas de hierro.

Segunda.—Que The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd., es responsable de la avería sufrida por un cargamento llegado a Cartagena el día 24 de agosto de 1928 por vapor "Sixaola", despachado del puerto de Nueva York por la United States Steel & Cº y consignado a Rafael del Castillo y Cº, cargamento que consistía en 1,500 rollos de alambre de púas.

Tercera.—Que The Colombia Railways & Cº Ltd. está obligada a indemnizar a la Compañía Colombiana de Seguros, como cesionaria de los derechos y acciones de Rafael del Castillo & Cía., los daños y perjuicios que a éstos causó la avería sufrida por dos cargamentos que se detallan en los pedimentos 1º y 2º, por haber sufrido avería mientras los cargamentos estuvieron en poder de la entidad demandada.

Cuarta.—Que la indemnización que The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd. está obligada a pagar a la Compañía Colombiana de Seguros, como cesionaria de los derechos y acciones que le competen a Rafael del Castillo & Cía., por los daños y perjuicios causados en razón de la avería sufrida por los cargamentos de que tratan los pedimentos primero y segundo, asciende a la suma de $ 5,388.17, o, en subsidio, a la suma en que tales daños y perjuicios se estimen en el juicio.

Quinta.—Que The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd., está obligada a pagar la suma a que se contrae la anterior petición dentro del término de tres días después de notificada la sentencia que llegue a proferirse, o dentro del término que el juzgado señale.

Sexta.—Que The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd. está obligada a pagar las costas del juicio.

Resúmense así los hechos fundamentales de la demanda:

1º—Por el vapor "Santa Marta", llegado a Cartagena el 10 de agosto de 1928, recibieron Rafael del Castillo & Cº un cargamento consistente en rollos de alambre y en atados de láminas de hierro galvanizado y corrugado.

2º—Por el vapor "Sixaola", llegado a Cartagena el 24 de agosto de 1928, recibieron Rafael del Castillo & Cº un cargamento consistente en rollos de alambre.

3º—El primero de los dos cargamentos fue desembarcado y entregado a The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd., quien

lo recibió en buen estado, en el muelle marítimo de "La Machina", el 11 de agosto de 1928, para transportarlo en el ferrocarril de su propiedad desde dicho puerto hasta Cartagena, según orden de Rafael del Castillo & Cº Ese mismo día 11, el porteador transportó a Cartagena tal cargamento, y lo dejó desde el 11 hasta el 13 en los carros en que había sido transportado. El 13 empezó a desembarcarlo y a entregarlo al consignatario. La entrega terminó el 16 de los mismos mes y año.

4º—Al ser recibido el cargamento por el consignatario, estaba ya averiado, debido a las aguas lluvias que le cayeron mientras estuvo en los carros del ferrocarril.

5º—El segundo de los cargamentos, o sea el recibido por el vapor "Sixaola", fue entregado en buen estado a The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd., para que en su ferrocarril lo transportara a Cartagena. Así lo hizo. Cuando el consignatario recibió este cargamento, estaba ya averiado por causa de las aguas lluvias que le cayeron mientras permaneció en los carros.

6º—Los dos cargamentos estaban asegurados en la Compañía Colombiana de Seguros, la cual tuvo que pagar al consignatario la cantidad de $ 5,388.17, en oro americano, como indemnización por avería.

7º—El porteador no conservó y custodió los dos cargamentos en bodegas cubiertas y cerradas, como era su deber hacerlo, para protegerlos de la lluvia y de la acción oxidante del ambiente salino.

8º—El porteador no tiene bodegas suficientes para depositar la carga de importación, por lo cual generalmente la deja en los mismos carros de su ferrocarril, y la carga de que se trata ni siquiera la mantuvo en carros cubiertos y cerrados.

9º—The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd. es responsable de la avería porque no cargó y transportó las mercaderías según el uso de personas inteligentes, por lo cual debe responder de toda culpa, y está obligada a pagar a la compañía aseguradora los perjuicios causados por la avería.

10º—Estos perjuicios ascienden a la suma de $ 5,388.17 en oro americano, o en subsidio a la que estimen peritos.

11º—La compañía aseguradora es cesionaria de los derechos y acciones del consignatario, según documento privado de fecha 5 de diciembre de 1929.

Por escrito fechado el 23 de abril de 1929, The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd. dio contestación a la demanda. Al hacerlo, aceptó algunos hechos, negó otros y dijo no constarle los demás. En lo fundamental dio estas contestaciones:

"Cualquiera avería que hubiera (sic) podido sufrir el alambre de púas y las láminas de hierro galvanizado, a que se refiere la demanda que contesto, en ningún caso ha podido sobrevenir como consecuencia del agua lluvia. Tanto el hierro galvanizado como el alambre de púas, en todos los ferrocarriles del mundo y por todas las empresas de transporte, se ha considerado siempre como carga de patio, esto es, sujeta a la intemperie, y por consiguiente, no expuesta a averías por los efectos del agua lluvia o del sol. Además, tanto el hierro galvanizado como el alambre de púas, por el propio uso a que están destinados, no son susceptibles de desmejora alguna por los efectos del agua lluvia; solamente cuando estos artículos son mojados por el agua salada es cuando se produce en ellos la oxidación..."

"Sin embargo, por un exceso de celo de la empresa, los carros en que se transportó la carga a que me vengo refiriendo, permanecieron debidamente tapados, durante los pocos días en que los señores Rafael del Castillo & Cº estuvieron recibiendo a su entera satisfacción, y con el único reparo de que estaban mojados algunos bultos, el cargamento aludido".

Por sentencia de fecha 19 de diciembre de 1931, el juzgado 4º en lo civil del circuito de Cartagena condenó a la compañía demandada en los términos de la demanda.

Por sentencia de fecha 25 de julio de 1934, el tribunal superior de Cartagena revocó el fallo de primera instancia y absolvió a la compañía demandada de los cargos que le fueron formulados.

La compañía demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del tribunal.

Son estos los fundamentos de la sentencia recurrida:

a).—Rafael del Castillo & Cº no hicieron, al recibir el cargamento, la competente reserva por causa de avería parcial;

b).—Tampoco se preocuparon estos señores en apreciar la magnitud de esta avería, pues sólo el 12 de septiembre de 1928 se dirigieron a la empresa del ferrocarril, para hablarle del daño sufrido;

c).—Fue sólo el 15 de noviembre de 1928, tres meses después de recibidos los carga-

mentos, cuando el consignatario cobró a la compañía aseguradora el valor de la avería particular;

c).—No hay en los autos demostración de las pruebas que el consignatario exhibiera a la compañía de seguros, para obtener la estimación de la avería y su liquidación conforme al contrato respectivo,

d).—El consignatario se limitó, por medio de la persona que a su nombre recibió los cargamentos, a hacer constar en cada una de las planillas que aquéllos estaban mojados por agua de lluvia. "Pero es de comprensión sencilla, elemental, que esta advertencia es vaga, lata e indefinida, y no puede servir de fundamento a una apreciación de derecho en armonía con la justicia. Como lo anota la compañía demandada, quien la ve, tiene que comprender que la carga estaba mojada totalmente. A este respecto, los autos no arrojan ninguna luz que aclare la magnitud de la avería demandada, de conformidad con la ley";

e).—La carta en que el consignatario informa al porteador sobre la avería, está tocada de la misma vaguedad, latitud e indefinición de las planillas;

f).—Era de rigor dar cumplimiento al artículo 207 del código de comercio, nombrando judicial o extrajudicialmente uno o más peritos que reconocieran las mercancías y dictaminaran sobre el caso. A falta de esta prueba, "el juzgador se agita en las tinieblas, sin orientación y sin un concepto nítido y puro de los hechos que va a enderezar".

"Ni se diga que con las declaraciones de los señores Dámaso Patrón y Teódulo Sánchez (folios 113 a 116 del cuaderno N° 4) queda demostrado el daño o avería que se estudia, pues ya se ha expresado cuál es la prueba excelente o especial en un caso como el que se está considerando, y la forma en que tal prueba debe crearse (con intervención de las dos partes interesadas). Por otra parte, los testigos Patrón-Sánchez informaron acerca de una pericia practicada en forma unilateral y fuéra de la garantía judicial, con el objeto de sustentar con ella el reclamo de los consignatarios, señores Rafael del Castillo & C°, ante la Compañía Colombiana de Seguros: con la adehala de que los mismos señores Dámaso Patrón y Teódulo Sánchez no definieron la avería, sino que hicieron una apreciación en bloque, estimando el daño en un tanto por ciento, con olvido de una práctica elemental que manda que todo daño se determine con absoluta claridad";

g).—De autos resulta que el hierro corrugado y el alambre de púas son considerados por las empresas ferroviarias como carga de patio, a causa de que estos materiales están destinados a quedar en la intemperie, consideración ésta abiertamente favorable a la compañía porteadora;

h).—Como no está determinada ni probada legalmente la avería, fundamento primario del litigio, sobra el estudio de las otras cuestiones planteadas por el actor, de acuerdo con el artículo 283 del código de comercio;

i).—Tampoco es el caso de estudiar la extinción de la presunta responsabilidad, alegada por la compañía porteadora, de acuerdo con el artículo 313 del mismo código.

Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación.

La parte recurrente formuló su demanda por escrito fechado el 27 de marzo de 1935, y expresó que el motivo aducido para pedir la infirmación del fallo es el que determina el artículo 520 del código judicial, en su ordinal 1°

Adujo estas causales:

1ª—Violación de los artículos 645 y 647 del código judicial, porque el tribunal de Cartagena desconoció valor probatorio a las planillas presentadas como prueba del contrato de transporte en los cuales se hizo constar que los cargamentos a que ellas se refieren se encuentran mojados por agua de lluvia.

Dice el recurrente que esta manifestación hecha en la misma carta de porte, sin protesta alguna de los porteadores, "es prueba plena de que los cargamentos estaban mojados al tiempo de recibirlos, es decir, que adolecían de la avería de estar humedecidos por las aguas lluvias". Y agrega que al desconocer el tribunal valor probatorio a esta prueba incurrió en manifiesto error de derecho, porque de acuerdo con el artículo 276 del código de comercio, la carta de porte hace fe de su contenido entre las partes, y por ellas serán decididas todas las cuestiones que se susciten acerca de la existencia, condiciones y cumplimiento del contrato.

2ª—Violación del artículo 313 del código de comercio, porque siendo la indicación de que los cargamentos estaban mojados, una

reserva de los derechos que por causa de la humedad resultaran a favor del cargador o consignatario y en contra del porteador, dedúcese que si el tribunal, a pesar de dicha reserva, estimó cumplido el contrato por parte de los acarreadores, desatendió el valor legal de la reserva e incurrió en error de derecho al apreciarla, lo que ha debido hacer de acuerdo con el citado artículo 213.

3ª—Violación de los artículos 604, 606, 645 y 647 del código judicial, porque el tribunal incurrió en error de derecho desconociéndole pleno valor probatorio a la carta que el 18 de septiembre de 1928 dirigió The Colombia Railways & Navigation Cº Ltd. a los señores Rafael del Castillo & Cº, carta en que aparece reconocido el hecho de que los cargamentos se encontraban mojados.

4ª—Violación de los artículos 1769 del código civil y 606 y 607 del código judicial, consistente en que el tribunal, por manifiesto error de hecho, no consideró la prueba de avería consistente en la confesión que sobre la existencia de ella hizo la compañía demandada, en sentir del recurrente, al dar contestación a la sexta de las preguntas que se le hicieron en pliego de posiciones.

5ª—Violación de los artículos 298, 299, 303, 306 y 309 del código de comercio y 2º de la ley 52 de 1919, por haber dejado el tribunal de condenar, por lo menos en abstracto, a la compañía demandada, no obstante haberse comprobado que el cargamento se averió mientras se encontraba en su poder y bajo su responsabilidad.

6ª—Violación del artículo 303 del código de comercio, por errónea apreciación del valor probatorio de las declaraciones rendidas por los señores Dámaso Patrón y Teódulo Sánchez, de las confesiones de la parte demandada y del recibo que comprueba el pago de la avería hecho por la compañía aseguradora.

La corte considera:

Desde la contestación del libelo observó la compañía demandada que en todos los ferrocarriles del mundo y en todas las empresas de transporte se ha considerado siempre como carga de patio, naturalmente sujeta a la intemperie, la de zinc y la de alambre de púas, y por consiguiente no averiable por la acción de aguas lluvias.

Aunque la compañía porteadora no le dio el nombre de excepción perentoria al hecho, por ella aducido, de ser el zinc y el alambre de púas carga de patio, es claro que al exponer este detalle de transporte, su ánimo no fue otro que el de excepcionar, presentando un motivo enderezado a desconocer la existencia de la obligación demandada por la compañía de seguros como subrogataria de aquella otra a quien pertenecía el cargamento.

Tampoco el tribunal dio a este hecho el nombre de excepción perentoria, para el efecto de reconocerla nominativamente en la sentencia, pero sí lo tomó como uno de los fundamentos de su fallo, bastante por sí solo a justificarlo, si bien se ocupó, además, en estudiar otros puntos alegados por las partes.

Como se ha dicho, la sentencia acusada descansa en varios fundamentos resumidos bajo las diez primeras letras del alfabeto.

El marcado con la letra g) fue expuesto en estos términos por el tribunal:

"Por lo demás, de autos resulta que el hierro corrugado (zinc) y el alambre de púas son considerados por las empresas de ferrocarriles como carga de patio (fojas 25, 35, 41, 43 vuelta, 46 y 145), porque estos materiales están destinados a quedar a la intemperie. El hierro corrugado (zinc para techo) y el alambre de púas, son materiales hechos precisamente para desafiar la lluvia, y habría una contradicción manifiesta entre este objeto y la circunstancia de que tales materiales no pudieran mojarse con agua de lluvia, sin sufrir avería como la que indica la demanda. Esta consideración es abiertamente favorable a la parte demandada".

La cita de ciertos folios, hecha en el paso transcrito, demuestra que el tribunal reconoció a la mercancía el carácter de carga de patio, con apoyo en las pruebas que se hallan en tales folios.

Véase en qué consisten:

The Barranquilla Railway & Pier Company Limited dice que el hierro corrugado se descarga o deposita por esa empresa en patios descubiertos, y que de acuerdo con su práctica puede ser embarcado en carros descubiertos; que nunca ha tenido ninguna reclamación sobre esos materiales, y que su responsabilidad termina cuando los carros son descargados, lo cual se hace como y donde lo ordenan los oficiales de la aduana.

El Ferrocarril de Girardot dice que el alambre de púas y la teja metálica o hierro corrugado se consideran como carga de patio, para los efectos de almacenaje en las bodegas del ferrocarril, desde luego que esos materiales son especialmente hechos para estar a la intemperie.

El Ferrocarril de Antioquia dice que esa empresa considera como carga de patio el hierro corrugado y el alambre de púas.

Manuel Anzola y Manuel M. Escallón, que fueron, en su orden, secretario y gerente del ferrocarril de Girardot, declaran cuál ha sido la conducta de esa empresa en materia de uso de las bodegas.

La administración de la aduana de Cartagena dice que por medio de la providencia número 576, fechada el 2 de abril de 1928, consideró como carga de patio el hierro galvanizado o corrugado y el alambre de púas.

Admitida por el tribunal, con apoyo en los anteriores datos, la norma de que el zinc y el alambre de púas son carga de patio, aunque la empresa demandada no acompañó su reglamento ni hizo esfuerzo alguno en orden a comprobar que esos materiales son también tenidos por ella como carga de tal naturaleza, fue lógico al sacar de dicha norma la conclusión de que el zinc y el alambre de púas pueden exponerse a la intemperie sin peligro de deterioro, de lo cual sacó la consecuencia de no estar probado que el sólo hecho de la mojada fuese causa determinante de oxidación. La circunstancia de que esas mercancías vengan sin empaque, o con un empaque sumario, puede indicar que los introductores no las juzgan expuestas a avería por causa de lluvia, o que, pensando en la posibilidad del daño, conjuran sus riesgos mediante el seguro.

El cargador está obligado a entregar las mercaderías al porteador bien acondicionadas, y no habiendo carta de porte, o no enunciándose en ella el estado de las mercaderías, se presume que han sido entregadas sanas y en buena condición, siempre que conste el hecho de la entrega por confesión del porteador o por cualquier otro medio probatorio. Esta es doctrina de los artículos 279 y 280 del código de comercio. Si, como es de pública notoriedad, el zinc y el alambre de púas vienen del exterior sin empaque o con empaque sumario, pudo creer el tribunal que a juicio de remitente y de consignatario no son esas mercancías de naturaleza que exija un acondicionamiento especial, y que por no serlo en sentir de quien carga ni de quien recibe, sería excesivo exigir del porteador que modifique el embalaje o que conduzca dicha carga con todas las precauciones con que se maneja la que por su misma envoltura está demostrando el carácter de averiable y la intención de cuidarla manifestada tácitamente por consignante y consignatario.

Como las mercancías se transportan a riesgo y ventura del cargador, del consignatario o del dueño, son de su cuenta las averías que sufran durante la conducción, por caso fortuito inevitable, o por vicio propio de los mismos efectos, salvo que un hecho o culpa del porteador precediera y contribuyera al advenimiento del caso fortuito, o que el porteador no hubiera empleado todo el cuidado y pericia necesarios para evitar o atenuar los efectos del accidente, o que no hubiera puesto en la conducción y conservación la diligencia y cuidado que acostumbran los porteadores inteligentes y precavidos. Esta es doctrina del artículo 283 del código de comercio. Ahora bien, admitida por el tribunal, con razón o sin ella, pero sobre la base de ciertos datos que figuran en el expediente, la norma de que el zinc y el alambre de púas son mercaderías por su naturaleza expuestas a la intemperie, es decir, carga de patio, fue lógico al no preocuparse por averiguar si en la hipótesis de haber resultado averiadas esas cosas por causa de lluvia o por otro elemento natural, hubo o no fuerza mayor inevitable, y si caso de haberla precedió o contribuyó a su advenimiento algún hecho o culpa del porteador. Es de creerse que con la misma lógica no se detuvo a estudiar si en la conducción hubo diligencia y pericia o si en ella y en la conservación se emplearon la diligencia y cuidado propios en conductores precavidos e inteligentes.

El porteador está obligado a cargar las mercaderías según el uso de personas inteligentes, so pena de responsabilidad por daños y perjuicios, a favor del cargador. Esta es doctrina del artículo 290 del código de comercio. Si el tribunal, con apoyo en certificaciones de algunas empresas de transporte, estimó que la compañía demandada condujo el cargamento según el uso de personas inteligentes, es decir, como éstas conducen la carga de patio, era natural consecuencia de ello el que dijera, como dijo, que es favorable a la parte demandada la circunstancia de que el cargamento consistiese en zinc y en alambre de púas.

El porteador responde de la culpa grave o leve, en el cumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte, y se presume que la avería ocurre por su culpa. Para exonerarse de toda responsabilidad, deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por hecho suyo culposo y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la avería. Esta es doc-

trina del artículo 306 del código de comercio. Como en concepto del tribunal la carga era de patio, no se creyó obligado a preocuparse por averiguar si el porteador, con su cuidado y experiencia, pudo evitar o aminorar los efectos de la lluvia. Nótese que el tribunal considera que no hay prueba del accidente, esto es, de que la lluvia fuera causa de la oxidación, y nótese, asímismo, que en la demanda se afirma que en la oxidación consistió la avería.

El recurrente no acusa la sentencia como violadora de ley sustantiva a causa de que el tribunal, admitiendo el criterio de ser las mercancías carga de patio, dejara de apreciar alguna prueba o apreciara mal las que tuvo en cuenta para llegar a esa conclusión. Ha quedado, pues, en firme el aludido fundamento de la sentencia, y sobre esta firmeza van a estudiarse las causales alegadas.

I

Observa el tribunal que el consignatario se redujo a hacer constar, en cada una de las planillas, que la carga estaba mojada por agua de lluvia.

El recurrente acusa esta parte del fallo diciendo que la salvedad hecha por el consignatario es prueba plena de que los cargamentos estaban mojados al tiempo de su entrega, "es decir, que adolecían de la avería de estar humedecidos por las aguas lluvias".

De ahí que por este aspecto demande la sentencia como violadora de los artículos 276 del código de comercio y 645 y 647 del código judicial.

Nótese que el tribunal no negó su valor probatorio a la carta de porte ni que ésta fuese un documento reconocido porque obrara en los autos a ciencia de las partes, ni que a falta de reconocimiento tenga la fuerza de prueba sumaria; todo de conformidad con lo prescrito por las disposiciones legales invocadas. Se limitó a declarar que la simple anotación de que una mercancía está mojada no prueba por sí sola su avería. Luego no infringió los textos citados.

Se desecha.

II

De acuerdo con el artículo 313 del código de comercio, la responsabilidad de avería se extingue por la recepción de la carga y por el pago del porte y de los gastos, sin la competente reserva del consignatario, o si éste recibe los bultos que presenten señales exteriores de avería, y no protesta en el acto usar de sus derechos, o si notándose el daño al tiempo de abrirlos no hace reclamación alguna durante las veinticuatro horas siguientes a la restitución.

En las planillas puso un recomendado del consignatario esta nota: "mojados por agua de lluvia".

En sentir del tribunal, esta advertencia no implica la competente reserva. Dice: "es de comprensión sencilla, elemental, que esta advertencia es vaga, latá e indefinida, y no puede servir de fundamento a una apreciación de derecho en armonía con la justicia".

Con toda razón observa el recurrente que la indicación de que los cargamentos estaban mojados sí es una reserva de los derechos que por causa de la humedad resultaran a favor del consignatario.

No cree la corte que la "competente reserva", exigida por el artículo 313, deba consistir en la expresión exacta de la avería, cuando ésta puede no conocerse en el momento de la entrega, aunque esté ya cumplida la causa cuyos efectos se conocerán un poco más tarde.

Aquella observación del recurrente ha contribuído a la rectificación de una doctrina del tribunal, pero no constituye causal de casación, por cuanto no incidió esa apreciación en la parte resolutiva de la sentencia. Esta no está fundada en que faltara la reserva sino en que no se demostró que las mercancías llegadas se averiaran, y en que, caso de haberse traído prueba pericial sobre relación de causalidad entre la mojada y la avería, el porteador no sería responsable de culpa porque el hierro galvanizado y el alambre de púas son objetos que pueden conducirse en carros descubiertos, por constituír carga de patio.

Se desecha.

III

A foja 58 del cuaderno principal figura una carta dirigida por el porteador al consignatario, con fecha 18 de septiembre de 1928, en la cual dice el primero al segundo que "el recibo de la carga se comenzó el día 13 y terminó el día 16, y en el intervalo de estar en la ciudad esperando la entrega había fuertes vientos, acompañados de lluvia, los cuales levantaron las puntas de las lonas, mojando alguna parte del cargamento con agua dulce".

Dice el recurrente que el tribunal violó los artículos 604, 606, 645 y 647 del código judicial, porque desconoció su valor probatorio a dicha carta.

Observa la corte que el tribunal no negó la mojada del cargamento ni el valor probatorio de la carta; negó, sí, que de ésta resultara la prueba de que el agua fuese causa de avería, con lo cual no violó ninguno de los artículos invocados en esta parte de la demanda.

Se desecha.

IV

Dice el recurrente que al contestar el representante de la compañía porteadora al postulado sexto de las posiciones, folio 6 del cuaderno N° 3, reconoció la avería de la carga, y que violó el tribunal, por no ver una verdadera confesión en esta respuesta, los artículos 1789 del código civil y 606 y 607 del código judicial, por manifiesto error de hecho.

Observa la corte que la mencionada respuesta no implica una confesión de avería, si se tiene en cuenta la redacción del postulado correspondiente, y observa también que al estudiarse la confesión provocada en posiciones no es jurídico tomar aisladamente palabras sueltas contenidas en las preguntas o en las respuestas, sino que lo razonable es tomar en conjunto la prueba y averiguar si de ella se desprende una confesión. La que el recurrente ve en la respuesta al postulado 6° implica sólo que, en concepto del porteador, la compañía de seguros sí tuvo el hecho como avería y como causa suficiente para pagar el valor del seguro; pero del reconocimiento que así hace el porteador no se puede deducir que ese hecho fuera para él, como tal porteador, causa jurídica que le obligara a reembolsar a la compañía aseguradora el importe de lo que ésta pagó al consignatario. El porteador es un tercero en las relaciones entre la compañía aseguradora y el consignatario. El factor responsabilidad del porteador, fundamental en las relaciones entre éste y el consignatario, no lo es en las relaciones entre el consignatario y el asegurador.

Se desecha.

V

Afirma el recurrente que el tribunal quebrantó los artículos 298, 299, 303, 306 y 309 del código de comercio y 2° de la ley 52 de 1919, por no haber condenado a la compañía demandada, siquiera fuese in genere, no obstante haberse comprobado que la avería se produjo mientras el cargamento se hallaba bajo su responsabilidad.

Como se ve, el cargo consiste en que demostrada la avería, ha debido condenarse por lo menos en abstracto al porteador.

Esta causal no puede prosperar porque el recurrente no ha demostrado que el tribunal se negara a admitir la avería por haber apreciado erróneamente o por haberse abstenido de apreciar algunas pruebas, con lo cual incurriera en error de derecho o en error de hecho que apareciese de modo manifiesto en los autos.

Consideró el tribunal, y no se ha demostrado que esta consideración fuese manifiestamente errónea, que en su concepto la prueba de causalidad entre la mojada y la avería debería consistir en el dictamen de peritos que dijeran si las mercancías estaban dañadas como consecuencia de haberse mojado. Esta es, dice el fallo, "la prueba por excelencia que el código señala, y es la que han debido crear los consignatarios, en asocio de la compañía porteadora, en cumplimiento de las reglas legales y de simple equidad comercial. Si así se hubiera hecho, hoy brillaría en estos autos no sólo el daño demandado, sino también su proporción y las especificaciones del caso..." Y más adelante: "Esta pulcritud en la prueba, es vulgar en derecho, y es lo único que puede servir de base a un fallo de estricta justeza. De otro modo, el juzgador se agita en las tinieblas, sin orientación y sin un concepto nítido y puro de los hechos que va a enderezar".

El tribunal hace estas consideraciones porque juzga que era de rigor dar cumplimiento al artículo 307 del código de comercio, nombrando judicial o extrajudicialmente uno o más peritos que reconocieran las mercancías y dictaminaran sobre el daño y su causa. El recurrente no acusa la sentencia como violadora del artículo 307, base en este punto de la sentencia recurrida.

El tribunal no niega que el porteador sea responsable de la conducción y arribo de las mercaderías; ni que su responsabilidad principie desde el momento en que las mercaderías quedan a su disposición y dure hasta que efectúe la entrega de ellas; ni que esté obligado a la custodia y conservación en la misma forma que el depositario asalariado; ni que deba restituir las mercancías sin lesión alguna exterior; ni que responda de la culpa grave o leve; ni que se presuma que la avería ocurre por su culpa; ni que le corresponda probar que el caso fortuito no fue preparado por su hecho; ni que las mercancías inútiles pueden ser abandonadas por cuenta del porteador. No ha violado, pues,

los artículos 298, 299, 303, 306 y 309 del código de comercio. Simplemente ha dicho que la prueba del daño y de la causa que lo produjo debe consistir en dictamen pericial, de acuerdo con el artículo 307, no señalado por el recurrente como uno de los que el tribunal violara.

En cuanto a la cita del artículo 2º de la ley 52 de 1919, se observa que la mojada de las mercancías no ocurrió en patios ni en bodegas sino en los carros que las conducían, por lo que nada significa el hecho de que el porteador tuviese o no tuviese bodegas bien acondicionadas.

Se desecha.

VI

El recurrente cita el artículo 307 del código de comercio para hacer notar que el estado de las mercancías puede hacerse constar por peritos nombrados extrajudicialmente, y dice que en el proceso existen las declaraciones de los testigos Dámaso Patrón y Teódulo Sánchez, que a su juicio constituyen prueba plena de que existió una apreciación pericial de la avería y del monto de ella. Agrega que el tribunal violó el artículo 303 del código de comercio por errónea apreciación del valor probatorio de las declaraciones rendidas por los señores Dámaso Patrón y Teódulo Sánchez, de las confesiones de la parte demandada y del recibo que comprueba el pago de la avería hecho por la compañía aseguradora.

A todo lo cual observa la corte:

1º—No hay prueba alguna en el expediente de que el porteador fuese citado a la diligencia pericial en que depusieron como peritos los citados señores Dámaso Patrón y Teódulo Sánchez;

2º—Aunque la diligencia pericial se hubiera efectuado con citación del porteador, a este juicio no se ha traído esa diligencia en original ni en copia; los peritos no se ratifican en ella, pues no deponen como tales peritos sino como testigos; el parecer de los peritos no pone necesariamente término a la diferencia, que siempre les queda a los interesados la facultad de usar de su derecho como mejor les convenga, según el artículo 307.

3º—No se ha demostrado cómo y de qué manera incurrió el tribunal en error manifiesto al desestimar las declaraciones de aquellos señores, o al no ver en las de la parte demandada confesión de avería o de responsabilidad, o al no aceptar que el recibo del pago hecho por la compañía aseguradora pruebe algo en este juicio.

4º—El artículo 303 ya había sido estudiado en la causal anterior, y no halla la corte cómo pudo ser infringido por las razones que invoca el recurrente al final de su demanda.

5º—El tribunal no desconoce la presunción de culpa establecida por el artículo 306 del código de comercio ni que el descargo de ésta corresponda al porteador. Sostiene apenas que la avería no está comprobada, porque considera que los elementos probatorios traídos al juicio no son concluyentes para aceptar que ocurriese el daño, base de la acción. Y es claro que echando menos la prueba del daño no podía condenar concretamente ni en abstracto. La corte respeta este criterio del tribunal porque no se ha demostrado que al adoptarlo incurriera en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.

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,

falla:

No se infirma la sentencia recurrida y se condena en costas a la parte recurrente.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

EXCLUSION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL —PERDIDA DEL DOCUMENTO

En punto de convenciones que debieron constar literalmente, es necesario suplir el título físico con otras pruebas que acrediten uno de estos dos extremos: O la preexistencia de cierto acto jurídico consignado luégo en un papel probatorio que desapareció más tarde; O la creación y pérdida de cierto documento digno de fe, cuyas cláusulas acreditaban determinada obligación. En uno y otro caso hay necesidad de establecer la pérdida del documento. Pero en el primero se suma esta prueba a la del acto jurídico que engendró la obligación. En el segundo se suma a la del título material cuyo contenido se conoce por las otras pruebas. Sólo con estas condiciones puede lo oral ser equivalente de lo escrito. La ley no puede venir en auxilio de aquél cuya alegación no aparece firmemente cimentada en uno de los dos antecedentes susodichos. Establecidas la fuente de la obligación y la existencia y pérdida del documento que la acreditaba, no importa que los declarantes jamán leyeran ese documento. Pero si el examen testifical no lleva hasta la fuente misma, debe investigarse el contenido exacto en lo esencial del título escrito y establecerse la autenticidad, antes del juicio ordinario o dentro de éste, por los medios directos o indirectos que admite la ley. Autenticidad se toma en este caso en el sentido de que el documento emana realmente de la persona a quien se atribuye. He aquí, en sentir de la corte, el significado de tan importante prueba supletoria.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, mayo nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

En Neiva, el 28 de julio de 1933, Bonifacio Gaitán demandó en juicio ordinario a Salvador Vanegas, vecino de Baraya, para que se hiciera la declaración de que el último está obligado a pagar al primero la cantidad de $ 3,500.00 con sus intereses y las costas del cobro.

Fueron hechos fundamentales de la demanda:

1º—Salvador Vanegas firmó en diciembre de 1930 un documento en que se reconoció deudor de Manuel Avilés por la cantidad de $ 3,500.00 oro, con plazo de un año, sin intereses, prorrogable por otro año en que los abonaría al tipo del 12 por 100 anual.

2º—Con intervención de los testigos Pablo Peralta y Luis Alvarez, cedió Manuel Avilés a Bonifacio Gaitán su crédito contra Salvador Vanegas, en el mes de julio de 1931.

3º—Según consta en recibo dado por el secretario del juzgado municipal de Baraya, el cesionario Gaitán presentó en dicha oficina el documento del crédito, el día 22 de julio de 1933, con el fin de que el deudor Vanegas reconociera su firma y con el de que a éste le fuera notificada la cesión.

4º—El documento se extravió del juzgado municipal y no le ha sido devuelto a su dueño para hacerlo valer en juicio ejecutivo.

5º—La deuda es de plazo vencido y no le ha sido pagada al cesionario del crédito.

6º—El cesionario Gaitán es actualmente acreedor de Vanegas por el valor del expresado documento.

Salvador Vanegas contestó la demanda por escrito fechado el 28 de agosto de 1933. Al hacerlo, negó los hechos fundamentales del libelo y la causa de la acción intentada por el demandante.

El juzgado 2º del circuito de Neiva, por sentencia fechada el 3 de octubre de 1934, absolvió a Vanegas de los cargos que en la demanda le formuló Gaitán.

Por sentencia fechada el 21 de junio de 1935, confirmó el tribunal de Neiva el fallo de primera instancia.

El demandante interpuso recurso de casación.

Se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 643 y 645 del código judicial, en armonía con los artículos 606 y 637 del mismo código, y por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Dice el recurrente ser un hecho probado y reconocido por el tribunal, que Salvador Vanegas se sustrajo violentamente del juz-

gado municipal de Baraya, en el momento en que iba a extenderse la diligencia de reconocimiento de la firma y de notificación del traspaso, un documento en que, con el nombre de "Salvador Vanegas", se hacía constar que el signatario era deudor de Manuel Avilés por $ 3,500.00 en oro colombiano acuñado, y que asimismo está probado que la cesión de ese crédito se hacía a Bonifacio Gaitán. El reconocimiento de ese hecho, agrega el recurrente, se impuso al tribunal por virtud de los testimonios de Mario Borrero, Alfonso González y Pedro Tafur, testimonios de la mayor excepción presentados por el demandante en las instancias y que corresponden en cuanto a los dos primeros testigos, en su orden, a las personas que desempeñaban los cargos de juez y de secretario en la oficina en donde "se perpetró el delito de robo".

Se sabe, continúa diciendo el recurrente, que Vanegas fue citado a reconocer el documento, que concurrió al juzgado en virtud de dicha citación, y que en vez de manifestar si lo reconocía o no lo reconocía, optó por sustraérselo del archivo público, evitando así que se surtiera la diligencia; todo lo cual dio como resultado que el documento quedara reconocido de acuerdo con el artículo 643 del código judicial. Porque el caso previsto en este artículo se consumó en forma mucho más grave que la prevista por el legislador, o sea en forma delictuosa, circunstancia ésta que lejos de hacer inaplicable el artículo, lo justifica en grado superlativo.

Reprodúcense estas apreciaciones del recurrente:

"De forma que cuando el tribunal sentenciador dice que no se probó la autenticidad del documento, está violando directamente el art. 643 del código judicial, según el cual debe tenerse por reconocido dicho documento, y, como consecuencia, violó también el art. 637 del mismo código, según el cual los documentos privados que tengan obligaciones a cargo de los otorgantes o de sus sucesores, 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 cumplirlos".

"Por otra parte, si el documento a que me refiero figuró en los autos de aquellas diligencias de reconocimiento y figuró con conocimiento de Salvador Vanegas, puesto que en esas mismas diligencias fue citado para reconocerlo y de ellas se lo sustrajo para llevarlo consigo, puede asegurarse que se está también en el caso del art. 645 del mismo código, según el cual un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada, o su apoderado, no se ha objetado o redargüido de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad. Precisamente para no incurrir en esta presunción la persona que se cita a reconocer un documento falso tiene la oportunidad legal de manifestar que no reconoce el documento porque la firma es apócrifa; si así no lo hace y opta por incautarse fraudulentamente el documento, nadie negará que se está en el caso de un documento que ha obrado en autos (las diligencias de reconocimiento) sin haber sido objetado ni redargüido de falso, sino por el contrario, dando a entender que el documento es legítimo, puesto que no es humano que el deudor se robe un documento que no es auténtico o firmado por él, ya que la presencia de tal documentos ningún daño le acarreará. Si se lo sustrae está dando a entender en forma tácita pero inequívoca, que el conviene la ocultación del documento, y si le conviene, es porque el documento sí es auténtico".

"Estas dos disposiciones legales son textos de carácter sustantivo, porque como tal debe considerarse toda norma jurídica reguladora del valor de las pruebas, y es manifiesto que los textos legales que establecen cuándo debe tenerse por reconocido un documento, y en consecuencia, cuándo debe tenerse como auténtico, regulan el valor probatorio de los instrumentos privados, elevándolos nada menos que a la categoría de plena prueba, según lo establecen los arts. 637 y 606 del código civil".

"El quebranto de ley sustantiva que le atribuyo al tribunal se traduce también en error de derecho en la apreciación de las pruebas, porque es obvio que si el sentenciador considera que el demandante no ha probado que sea auténtico el documento de que se trata en este proceso, ha incidido en un error de derecho en la apreciación de la prueba, puesto que si hubiera tenido en cuenta los artículos que he citado como infringidos directamente por el tribunal, habría tenido que llegar a la conclusión diametralmente opuesta, o sea a la de que sí es auténtico el documento sustraído fraudulentamente por Salvador Vanegas, por cuanto debe considerarse como reconocido tal documento, al tenor de aquellos textos legales transcritos.

El tribunal estudió las declaraciones de Ulpiano Soto, Alcides Cleves, Luis Alvarez, Pablo Peralta, Alfonso González, Mario Borrero, Pedro Tafur y Manuel Avilés.

La corte hace el resumen de esas declaraciones y anota cuál fue la impresión que dejaron en el ánimo del tribunal:

Ulpiano Soto.—Dice haber presenciado en Baraya, el 22 de diciembre de 1930, que Salvador Vanegas y Manuel Avilés pidieron al declarante y a Alcides Cleves que firmaran como testigos un documento en que el primero se constituía deudor del segundo por la cantidad de $ 3,500.00 en oro colombiano acuñado, como parte del precio de un potrero llamado "Ipiales" que aquél vendió a éste. Dice el declarante que él y Cleves prestaron el servicio de firmar como testigos, y que el crédito pasó a Gaitán por cesión hecha a su favor en julio de 1931. Estima el tribunal inexacta la afirmación hecha por Soto, de haberse otorgado el documento en Baraya el 22 de diciembre de 1930, a causa de que los supuestos deudor y acreedor se hallaban ese mismo día en la ciudad de Neiva, como se comprueba con una escritura que allí otorgaron en la fecha indicada y con los testimonios de Angel Moreno, María Elisa Tobar e Inocencia Laiseca de Moreno. Juzga el tribunal que tal inexactitud le resta al dicho de Soto la fuerza probatoria que podría tener en otras condiciones.

Alcides Cleves.—Dice este declarante: "2º Me parece no estar equivocado en que yo intervine como testigo en el otorgamiento de un documento extendido por mí en papel sellado, en el cual el señor Salvador Vanegas se confesaba deudor del señor Manuel Avilés por una suma de dinero que no puedo precisar, procedente sí, del resto del valor del potrero de "Ipiales", pues no recuerdo el plazo, la fecha del documento ni el interés. Observa el tribunal cómo este declarante no concreta hecho alguno útil para establecer la preexistencia del documento, y hace notar cómo Cleves y Soto, de quienes se dice firmaron como testigos, no manifiestan haber visto cuando Vanegas estampó su firma ni dicen quién les pidió el servicio de actuar como tales, para concluír diciendo que sus declaraciones no son conducentes al fin propuesto.

Luis Alvarez.—Se ratifica en una declaración anterior en la cual había dicho conocer el documento de 22 de diciembre de 1930, que Vanegas otorgó en favor de Avilés por la cantidad de $ 3,500.00, con plazo de doce meses y al tipo del uno por ciento mensual, cedido por el acreedor en julio de 1931, declaración en la cual agregó haber firmado como testigo, en su nombre y a ruego de Peralta, la cesión hecha por Avilés a Gaitán. Después de tan perentoria ratificación, agrega el declarante: "En este estado el testigo hace constar que la anterior declaración se repitió por no alterarla, pero que la reforma en el sentido de aclarar que el documento no lo conoce, que lo que conoce es el recibo que le otorgó Manuel Avilés a Bonifacio Gaitán por el valor de ese documento que le vendió, y en ése fue que firmó como testigo por él y por Pablo Peralta, recibo en el cual recuerda que hacían figurar la suma valor de él, pero no recuerda si la fecha, mes y año constaban también". Dice el tribunal que esta declaración, contradictoria en punto esencial, no tiene ningún valor.

Pablo Peralta—A este declarante le consta únicamente haber presenciado que en julio de 1931 Avilés vendió a Gaitán un documento contra Vanegas "que decían" era por $ 3,500.00 oro; dice haber sido testigo en la cesión, pero que como no sabe firmar rogó a Luis Alvarez que lo hiciera en su nombre. El tribunal, debido al analfabetismo de Peralta y a los términos de su declaración, considera que ésta no puede tomarse en cuenta para comprobar la preexistencia del documento.

Alfonso González.—Le consta haber visto, en su carácter de secretario del juzgado municipal de Baraya, que Gaitán presentó, para los efectos de reconocimiento y notificación del traspaso, un documento por $ 3,500.00 oro acuñado, suscrito por Vanegas con fecha 22 de diciembre de 1930 a favor de Avilés, de plazo vencido, al interés del 1 por 100 mensual, y le consta igualmente que dicho documento contenía una nota de cesión hecha por Avilés a favor de Gaitán, cuya fecha no recuerda, por valor recibido de la cantidad dicha, y que el documento y la nota se hallaban debidamente estampillados. Agrega que el documento estaba extendido en papel competente y lo suscribían como testigos Soto y Cleves. Termina diciendo ser cierto "que dicho documento desapareció del juzgado de este municipio por habérmelo rapado de las manos el señor Salvador Vanegas al momento de ir a escribir las diligencias de reconocimiento y notificación de la cesión; y además, al tenerlo en las manos, entró su hermano Gonzalo Vanegas y se lo quitó, por cuya razón no se le devolvió... El contrato contenido en el documento a que hago alusión en mi declaración, es un contrato de venta de Manuel Avilés a Salvador Vanegas de un bien raíz, el cual me parece que llamaba Ipiales". El tribunal no encontró tachable la declaración de González para comprobar la preexistencia del documento.

Mario Barrero.—Le consta, por haberlo visto en su carácter de juez, que Gaitán pre-

sentó en el juzgado, para los efectos de reconocimiento y notificación de traspaso, un documento por $ 3,500.00 oro acuñado, suscrito por Vanegas a favor de Avilés, cuya fecha precisa no recuerda, de plazo vencido, al interés del 1 por 100 mensual, y que dicho documento tenía una nota de cesión hecha por Avilés a Gaitán, cuya fecha tampoco recuerda, por valor recibido de igual cantidad. También dice que el documento estaba debidamente estampillado, lo mismo que la nota de cesión; que fue otorgado con intervención de los testigos Soto y Cleves, en el municipio de Baraya, en papel competente, y que dicho documento desapareció del juzgado, por lo cual no se le ha devuelto a Gaitán, sin que pueda dar más explicaciones por no recordar. Estima el tribunal que esta declaración complementa la del secretario Alfonso González, y que las dos juntas, en relación con la de Pedro Tafur, llevan a su ánimo el convencimiento de que evidentemente Gaitán presentó en el juzgado el documento para que se practicara la diligencia de reconocimiento.

Pedro Tafur.—Tuvo ocasión de conocer un documento en contra de Vanegas y a favor de Avilés, por $ 3,500.00, cedido a Gaitán, pero no recuerda la fecha de su otorgamiento ni la de su cesión. Personalmente supo esto, única cosa que recuerda, por haberlo presentado al juzgado para las diligencias de reconocimiento y notificación, por lo cual su dueño en la actualidad es Gaitán, y no le fue devuelto por haber sido extraviado por los Vanegas, Salvador y Gonzalo, según denuncio que conoce el declarante. Ya se ha dicho lo que el fallador opina de este testimonio.

Manuel Avilés.—Dice el tribunal que la declaración del titulado acreedor sería de gran valor, aunque pudiera considerarse parcial, a causa de haber sido él quien cedió el documento, pero que este señor parece no tenga fijeza en sus ideas, como puede verse de las distintas declaraciones suyas que obran en autos. El tribunal reproduce el siguiente comentario suyo, hecho al confirmar el auto en que Salvador Vanegas fue llamado a juicio por sustracción, alteración o destrucción de documentos o efectos custodiados en archivos u otras depositarías públicas: "En relación con el testigo Manuel Avilés, cuya responsabilidad por perjurio debe mandarse a averiguar por haber afirmado, con juramento, cosas contradictorias, no está de más hacer presente que las declaraciones en que habla de la existencia del documento a su favor o inculpa a los Vanegas, son claras, ordenadas y precisas, mientras que la rendida el 17 de febrero de 1934 —folio 136 c. p.—, en que se desdice de las anteriores, es confusa, desordenada e imprecisa, y lo que es peor, sin valor en sí misma". Para apoyar su última afirmación, cita el tribunal estas palabras del testigo Avilés, destacadas de una declaración que éste dio en el sumario contra Salvador Vanegas: "Con respecto a las declaraciones que he rendido en este negocio, quiero hacer constar que lo dicho por mí en ellas no es así, pues ocurrió que el señor don Ulpiano Soto me llamó a su casa y me ofreció dar la suma de cincuenta pesos ($ 50.00) moneda legal para que declarara en el sentido en que lo hice, y como además el señor Soto me amenazó con hacerme meter a la cárcel, a mí me dio susto y dije todo lo que en dicha declaración expresé, que como dije anteriormente no es así".

Hecha por el tribunal la crítica de los testimonios rendidos por Soto, Cleves, Alvarez, Peralta, González, Borrero, Tafur y Avilés, llega a estas dos conclusiones que constituyen la base de su fallo:

1ª—Está comprobado que Gaitán llevó al juzgado de Baraya un documento en el cual consta que Vanegas se constituyó deudor de Avilés por la cantidad de $ 3,500.00 en oro colombiano, documento que desapareció del juzgado sin culpa del presunto acreedor.

2ª—No está comprobado que existiera un documento auténtico apto para obligar a Vanegas y suficiente a establecer alguna convención, porque un escrito particular sin reconocimiento del deudor o sin que éste fuera declarado confeso o sin que mediara el registro, no puede constituir prueba de la obligación.

El tribunal resume sus dos fundamentos diciendo que las razones del actor serían valederas si se hubiera establecido la preexistencia de un documento auténtico, no simplemente la de un escrito en donde aparecía la firma de Vanegas, sin que se sepa si éste la estampó allí o si otra persona la puso sin su autorización.

Compréndese desde luego que al hablar el fallador de autenticidad no toma este concepto como indicativo de instrumento público, probante de su existencia por sí mismo, en oposición al documento privado cuya existencia requiere otras comprobaciones, sino que lo toma genéricamente en el sentido de cierto, real y autorizado.

Sostiene el recurrente que el tribunal violó directamente y por error de derecho al apreciar la prueba, los artículos 606, 637,

643 y 645 del código judicial, si se toman estos preceptos como un todo armónico.

No lo cree así la corte.

El legislador colombiano excluye la prueba de testigos respecto de obligaciones que hayan debido constar por escrito. Así lo ordena en forma prohibitiva el artículo 1767 del código civil. "No se admitirá", dice de modo terminante. Pero la ley 153 de 1887, en sus artículos 91 y 93, ajustándose a lo establecido en otros países y a la doctrina de notables autores sobre suplencia de la prueba primordial, admite tres casos de excepción al principio que en punto de convenciones prohibe la prueba de testigos, a saber: exiguo valor del litigio, principio de prueba por escrito e imposibilidad de obtener prueba literal.

Todo esto sin perjuicio de los demás casos expresamente exceptuados por la ley.

No hay para qué discurrir sobre la modicidad del litigio ni sobre el principio de prueba por escrito, porque no son estas dos primeras excepciones el objeto de la presente controversia.

Aunque la ley 153 no lo dice de modo expreso, y por su texto pudiera creerse que la última excepción procede sólo cuando fue imposible obtener inicialmente prueba escrita, considera la corte que a ese privilegio, contrario a la limitación legal de la prueba de testigos, puede acogerse también el acreedor que ha perdido su documento por causa de fuerza mayor o caso fortuito, como lo sería un hecho criminoso que produjera la privación de la prueba escrita. Demostrada oralmente la existencia de la obligación o la del documento y su tenor, se rehace el camino perdido porque habría imposibilidad absoluta, ex post facto, de exhibir la prueba literal.

El artículo 1348 del código francés habla expresamente de la pérdida del título del acreedor "por consecuencia de un caso fortuito, imprevisto y resultante de una fuerza mayor". Esta excepción del código napoleónico es natural desarrollo del principio según el cual nadie está obligado a lo imposible.

Acepta el tribunal que hubo un escrito en que aparecían Vanegas como deudor y Avilés como acreedor. Después de éste, su cesionario Gaitán. Y aunque admite esa existencia y esa desaparición, absuelve al supuesto deudor porque no cree jurídico condenarlo sin la prueba de que el documento perdido emanó efectivamente de él.

Es posible que en el ánimo del tribunal influyera el hecho de no haber hallado en los autos prueba oral de la obligación contraída por Vanegas en favor de Avilés, ya que el papel perdido no era fuente de obligaciones sino prueba literal de la que existiese contra el supuesto deudor y a favor del supuesto acreedor. Pero aun sin tener en cuenta dicha circunstancia, el fallador hizo diferencia entre los hechos de existir y perderse luégo un documento, verdadero o falso, y el de que ese escrito demostrara sin lugar a duda la existencia de una obligación a cargo de quien figuraba como otorgante.

El actor no pide se haga la declaración de que el documento existió primero y dejó de existir después por acto delictuoso del supuesto obligado. No. El pide se declare que Vanegas le debe $ 3,500.00 en oro colombiano. Al tribunal no se le comprobó con testigos la existencia de la obligación, es decir, que Vanegas se obligara por $ 3,500.00 en favor de Avilés, mediante instrumento cedido por éste a Gaitán y desaparecido luégo. La prueba no vino a los autos. El tribunal, sin negar que hubo un documento cuyo texto era favorable a Avilés y contrario a Vanegas, no se atreve a condenar a éste como deudor de aquél o de su cesionario Gaitán. Bien se comprende que el tribunal advirtió la gravedad de ese paso y se dio cuenta de que si la existencia de un documento contra determinada persona y su desaparición por cualquiera causa, dando entrada a la prueba testimonial, demostrara obligaciones contra la persona que en el papel perdido figuraba como deudor, la regla de prueba literal se trocaría en la excepción de prueba testimonial, y los patrimonios quedarían a merced del dicho de testigos a quienes les bastaría forjar documentos con el propósito de obtener luégo testimonios sobre su contenido y su pérdida, para que los jueces dedujeran obligaciones contra el imaginado deudor.

En el proceso quizá haya algunos datos sobre la fuente misma de la obligación, pero no es el caso de estudiar este punto de índole probatoria en el presente juicio ordinario, porque no fue materia del recurso. Por la misma razón tampoco se considera si el tribunal, en este juicio que es ordinario y no ejecutivo, debió admitir que la prueba testimonial sobre preexistencia y pérdida del escrito, reemplazando al documento desaparecido, es decir, probando la prueba, obligaba al demandado a demostrar que el documento fue falsificado o que la obligación adoleció de nulidad o estaba ya solucionada. Compréndese que el recurrente no dio importancia a aquellos datos y que en la repulsa del demandado vio un obstáculo para

sostener el reconocimiento tácito de la obligación o el de su prueba inicial y literal.

Nadie vio firmar el escrito a Salvador Vanegas y nadie —fuéra de Ulpiano Soto, cuya declaración desecha el tribunal— asegura que aquél solicitase los servicios de testigos que autorizaran ese escrito con sus firmas. Sabiamente disponía el artículo 703 del código judicial anterior, que cuando los documentos privados que expresan obligaciones están autorizados por dos testigos, si éstos declaran en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento, o que ella les pidió que lo firmarán como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, harán plena prueba sobre su contenido. Nadie dice tampoco que el supuesto deudor confesara alguna vez, siquiera fuese extrajudicialmente, deber algo al supuesto acreedor. No huelga recordar que la presunción de autenticidad de las firmas en los instrumentos negociables, consagrada por el artículo 4º de la ley 46 de 1923, constituye una excepción a los principios generales sobre prueba de los documentos privados.

Ordinariamente los documentos privados que contienen obligaciones a cargo de sus otorgantes, adquieren la fuerza de confesión judicial cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos por las personas que deben cumplir esas obligaciones. Esta es doctrina del artículo 637 del código de procedimiento. Y la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba, como lo manda el artículo 606 del mismo código. Estas normas se aplican cuando está comprobado que el documento fue extendido por el supuesto deudor y que éste lo registró o reconoció en la forma legal. Nadie ha dicho que Vanegas extendiera el documento, o lo registrara, o lo reconociera. Tampoco ha obrado en autos, como lo afirma el recurrente, con conocimiento de la parte obligada, según lo previene el artículo 645 del código judicial, porque esta disposición supone que haya partes. El artículo 694 del código judicial anterior, exigía que el documento hubiese obrado "en los autos de un juicio". Y en el 706 habla también de "partes" y de "juicio". El código actual, en su artículo 645, trata del documento que habiendo obrado en los "autos" con conocimiento de la "parte" obligada no ha sido objetado o redargüido de falso, para que la "parte" que lo presenta pruebe su legitimidad. Aunque expresamente no se exige que haya juicio, debe suponérselo puesto que se llama parte el litigante o grupo de litigantes que sostienen en juicio unas mismas pretensiones, como define el artículo 202 del código judicial vigente.

Resta sólo averiguar si el tribunal violó por no aplicación, debido a que apreciara mal las pruebas, el artículo 643 del código judicial, que obliga al juez a tener por reconocido el documento y a extender la correspondiente diligencia, cuando citado un individuo para hacer el reconocimiento, no ocurre al juzgado en la fecha y hora señaladas, no estorbándoselo impedimento legal que suspenda los términos, o presentándose se niega a prestar juramento o a declarar sobre lo que se le pregunta, o pretende eludir las cuestiones con respuestas evasivas, inconducentes, o vacías de sentido.

Estima el recurrente que la disposición del artículo 643 debe aplicarse al caso en que el supuesto deudor se sustrae el documento, porque esta actitud constituye una confesión tan elocuente como el no ocurrir sin razón al juzgado, o el negarse a prestar juramento, o el no declarar sobre lo que se le pregunta, o el eludir por distintos medios la respuesta a las cuestiones.

Sin necesidad de estudiar si procede esta analogía frente a los artículos 1761 del código civil y 637 del código judicial, admitiendo que proceda y que pueda declararse en un juicio de la índole del presente, puntos sobre los cuales no hay necesidad de que la corte se pronuncie, debe considerarse lo siguiente:

1º—Pudo creer el tribunal de Neiva que no era él quien podía dar por reconocido el documento y tener por confeso a Vanegas sobre lo que se le preguntaba, porque siendo de mayor cuantía la deuda atribuida a Vanegas, consideró que el juez municipal de Baraya no tenía facultad para citarlo a reconocer, ni para interrogarlo sobre autenticidad, ni para dar por reconocido el documento y extender la correspondiente diligencia, y pudo creer también dicho tribunal que si el juez a quien se recurrió para el reconocimiento carecía en su sentir de esas facultades —según el artículo 644 del código judicial, reforzado por el 646 de la misma obra— no se ve cómo aquella entidad podría hacer la declaración de confeso tomando como base lo ocurrido en una oficina sin jurisdicción para la práctica de las diligencias que preceden a tal declaración. (La corte cree que sí era competente el juez municipal, por no haber en el lugar juez de circuito).

2º—Si el tribunal de Neiva estimó que el juez municipal de Baraya era competente para ordenar el reconocimiento, dar por re-

conocido el escrito y extender la correspondiente diligencia, no obstante ser de mayor cuantía la obligación, por no haber en el lugar donde residía el supuesto deudor un juez de mayor categoría que aquél, también debió abstenerse de hacer la declaración de confeso, porque no está probado que el supuesto deudor se sustrajera el documento del juzgado. El tribunal acepta que el documento desapareció del juzgado sin culpa del presunto acreedor, pero no dice que haya prueba de que el presunto deudor se lo robara. Al contrario, del análisis minucioso que hace de las declaraciones se deduce que un solo testigo, el secretario del juzgado, dice haber visto cuando Vanegas se apoderó del escrito. Nótese que si por razones de analogía puede sostenerse que la sustracción hecha por un supuesto deudor autoriza al juez para dar por reconocido el documento, es claro que la sola desaparición no basta para hacer la declaración de confeso. Repítese que el hecho del robo, de tan indiscutible evidencia para el recurrente, no puede tomarse como una verdad de los autos. Ni el tribunal parte de esa base, para que la corte pudiera edificar sobre ella la teoría del recurrente; ni toma la sustracción como indicio de autenticidad, que sería vehemente en sumo grado, porque el hecho en que podría descansar ese indicio no está plenamente comprobado. Aunque lo estuviera, el recurrente no acusó el fallo por no apreciación de pruebas indicativas de la sustracción, sino que con apoyo en esta sustracción, de cuya evidencia él no duda, se queja de que no se tuviera por reconocido el documento según el artículo 643 del código judicial.

3º—Admitiendo la competencia del juzgado municipal de Baraya y admitiendo que estuviera probada la sustracción del documento por el supuesto deudor, no podía el tribunal de Neiva proceder conforme al artículo 643 del código judicial, como lo quiere el recurrente, porque en la demanda con que el actor inició el pleito, no es esa sustracción un hecho fundamental. Háblase ahí de que el documento "se extravió", pero no de que fuera tomado por el supuesto deudor. No es, por tanto, hecho fundamental del libelo la alegada conducta delictuosa del demandado, conducta que en sentir del recurrente justifica la declaración de confeso. El solo extravío o pérdida, de que se habló en la demanda no justifica esa declaración.

La corte no advierte error manifiesto del tribunal en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a no admitir la autenticidad del documento atribuído a Vanegas.

Se desechan las causales alegadas.

En resumen:

En punto de convenciones que debieron constar literalmente, es necesario suplir el título físico con otras pruebas que acrediten uno de estos dos extremos: o la preexistencia de cierto acto jurídico consignado luégo en un papel probatorio que desapareció más tarde; o la creación y pérdida de cierto documento digno de fe, cuyas cláusulas acreditaban determinada obligación. En uno y otro caso hay necesidad de establecer la pérdida del documento. Pero en el primero se suma esta prueba a la del acto jurídico que engendró la obligación. En el segundo, se suma a la del título material cuyo contenido se conoce por las otras pruebas. Sólo con estas condiciones puede lo oral ser equivalente de lo escrito. La ley no puede venir en auxilio de aquel cuya alegación no aparece firmemente cimentada en uno de los dos antecedentes susodichos. Establecidas la fuente de la obligación y la existencia y pérdida del documento que la acreditaba, no importa que los declarantes jamás leyeran ese documento. Pero si el examen testifical no lleva hasta la fuente misma, debe investigarse el contenido exacto en lo esencial del título escrito y establecerse la autenticidad, antes del juicio ordinario o dentro de éste, por los medios directos o indirectos que admite la ley. Autenticidad se toma en este caso en el sentido de que el documento emana realmente de la persona a quien se atribuye. He aquí, en sentir de la corte el significado de tan importante prueba supletoria.

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 casa la sentencia recurrida y se condena en costas al recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

RESPONSABILIDAD POR CULPA

El artículo 64 del código civil definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto O que no es posible resistir. Con la conjunción O, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1o. de la ley 95 de ese año cambió la conjunción O, en donde se leía «es lo mismo», por la preposición A, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de «el imprevisto O que no se posible resistir», dijo «el imprevisto A que no es posible resistir». - PREVER, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo.

El 5 de diciembre de 1932 demandó Evaristo Herrera al distrito de Bogotá, para que éste fuera condenado a pagarle las siguientes cantidades:

a)—La de $ 1,300.00, que dejó de producir la casa número 300, situada en la calle 10ª de Bogotá, en el lapso de tiempo comprendido entre el 22 de noviembre de 1931 y el 19 de noviembre de 1932, lapso en que aquélla permaneció desocupada debido a los daños que le causó una inundación del río San Francisco.

b)—La de $ 24,000.00, a que ascienden los beneficios de que se privó el propietario de la mencionada casa, por la destrucción total de ésta, ocurrida el 19 de noviembre de 1932 como consecuencia de una nueva inundación del mismo río.

c)—La de $ 5,000.00, como valor del edificio totalmente destruído por las inundaciones.

Son hechos fundamentales de la demanda:

1º—Herrera compró la casa Nº 300, por la cantidad de $ 6,000.00, y luégo de hacerle reparaciones la dio en arrendamiento al canon mensual de $ 120.00.

2º—Poco tiempo después de arrendada la casa, Martínez R. & Co., mandatarios de Herrera, empezaron a recibir quejas de los inquilinos por frecuentes inundaciones ocurridas a consecuencia de las aguas que brotaban por sifones y cañerías.

3º—Hubo necesidad de terminar extraordinariamente los contratos de arrendamiento, por causa de la inundación ocurrida el 22 de noviembre de 1931.

4º—El 2 de noviembre de 1931 dirigió el señor Herrera un memorial al señor alcalde de Bogotá, en el cual le da cuenta de los daños que le causan las aguas provenientes del colector del río San Francisco, lo que fue parte para que ese funcionario diese traslado de tal escrito a la secretaría de obras públicas, de donde contestaron los ingenieros que "los daños anotados sí tienen como causas las aguas del colector del San Francisco que brotaron por los sifones del patio en cuestión".

5º—Herrera solicitó la práctica judicial de una inspección ocular, que se llevó a cabo el 17 de abril de 1932.

6º—En esta inspección ocular, los peritos conceptuaron que las aguas del colector inundaron la casa, y que las inundaciones procedieron de una de estas dos causas fundamentales: o caudal creciente mayor que el previsto o represa de las aguas dentro del colector y reducción de la sección de desagüe del mismo.

7º—El 15 de octubre se efectuó una nueva inspección ocular, en la cual concluyeron los peritos diciendo que el colector es deficiente, poque, son términos de la demanda, "está calculado solamente para una capacidad de 28,000 metros cúbicos por segundo, cuando según el cálculo de estos dos distinguidos ingenieros, el caudal de agua que conduce hoy el colector es de 31,392 metros cúbicos por segundo, es decir, una diferencia de 2,892 metros cúbicos por segundo, que tienen necesariamente que represarse en las fincas, comprometiendo así la más sólida estabilidad de cualesquiera de las casas riberanas..."

8º—El 19 de noviembre de 1932 se cumplieron las previsiones de que se ha hecho mérito. Cayó un fuerte aguacero. Las aguas del colector entraron en la casa por los sifones y las cañerías. De ahí que las aguas

lluvias no tuvieran salida, porque "el colector está a una superficie superior a la del primer piso de la finca, lo que hizo que lejos de desaguar en él, se produjera un flujo inverso, y además sencillamente por la deficiencia del mismo colector comprobada por los peritos. Como los muros de la casa ya estaban reblandecidos con las inundaciones pasadas, la edificación se encontraba naturalmente muy débil en su base, y al producirse esta nueva inundación tuvo necesariamente que desplomarse como en efecto sucedió, quedando completamente destruída".

9ª—La casa tenía siete piezas en su parte baja. En su parte alta tenía cuatro locales hacia la carrera, dos hacia la calle y dos piezas interiores. Según dictamen pericial debía durar ordinariamente no menos de veinticinco años. La construcción era sólida y se le hacían serias reparaciones cada vez que se inundaba.

10ª—En el año de 1928, cuando el colector no estaba aún construído en la calle 10ª con la Avenida Jiménez de Quesada, no se producía ninguna inundación. En 1929, cuando el colector llegaba a un poco más abajo de la casa, empezaron a notarse ligeras inundaciones, casi imperceptibles. En 1930 se les notó mayor fuerza. En 1931, cuando la obra había avanzado, se agravaron las inundaciones. En el año de 30 los vecinos pidieron a los constructores de la obra que ésta no se continuara o se destruyera, pues ninguno de los anotados trastornos había ocurrido en más de cuarenta años; pero el distrito no hizo caso de tales reclamaciones.

11ª—Mientras el río San Francisco estuvo sin canalizar, no hubo inundación que perjudicara a predios riberanos. Estos empezaron "a sufrir daños graves con las inundaciones provenientes del colector después de construído en esa parte".

12ª—El colector es obra nueva, deficiente y construída con descuido, negligencia o imprudencia.

El señor personero municipal de Bogotá, por escrito fechado el 7 de febrero de 1933, dio contestación a la demanda oponiéndose de manera formal, en nombre del distrito, a las pretensiones del actor, y solicitando, como consecuencia de su oposición, que esta entidad fuera absuelta de todos los cargos formulados.

Por sentencia fechada el 3 de noviembre de 1933, el juzgado 5º, en lo civil, del circuito de Bogotá, hizo estas declaraciones:

Primera.—Condenó al distrito de Bogotá a pagar a Herrera "el valor del lucro cesante, como indemnización de los perjuicios que éste le demanda, y que el municipio le causó por la inundación que se produjo en su casa Nº 300 de la calle 10ª de esta ciudad, el día 22 de noviembre de 1931".

Segunda.—Condenó al mismo distrito "a indemnizar al propio señor Herrera el valor de los daños y perjuicios, lucro cesante y daño emergente, producidos en la finca, por efecto de la inundación que en ella se produjo el 19 de noviembre de 1932, y que ocasionó la destrucción total del edificio".

Tercera.—Dispuso que las indemnizaciones fueran fijadas mediante el procedimiento que la ley determina para la ejecución de las resoluciones, y al efecto dio ciertas bases con arreglo a las cuales debería hacerse la liquidación.

El señor personero municipal apeló de la sentencia proferida por el juzgado, la cual fue confirmada por el tribunal de Bogotá, en fallo de fecha 30 de octubre de 1934.

Contra la sentencia del tribunal interpuso recurso de casación el representante del distrito.

El señor procurador general de la nación formuló la demanda de casación el día 23 de septiembre de 1935.

Sostiene el señor procurador que la sentencia recurrida incidió en triple error:

a)—Por infracción directa, ya que omitió aplicar el artículo 640 del código civil, destinado a fijar la especial responsabilidad de las entidades jurídicas, concepto que comprende a los distritos, entre ellos al de Bogotá.

b)—Por aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356, ya que ellos no podían aplicarse directamente al distrito, como si se tratara de una persona física, sino atemperándolos a la especial disposición del citado artículo 640.

c)—Por error de interpretación, por cuanto habiendo reconocido falta en los empleados del distrito, si ésta se cumplió fuera de sus funciones debió declararlos exclusivamente responsables, y si se cumplió dentro del servicio debió repartir la responsabilidad entre ellos y la entidad.

Se destacan algunos párrafos del estudio hecho por el señor procurador:

"Apreció mal las pruebas el tribunal al deducir culpa o descuido en la construcción de una obra perfecta. Es extravagante el concepto de que los descuidos produzcan obras bien construídas y científicamente planeadas o diseñadas".

"Los peritos afirman que "las aguas que produjeron la inundación, provinieron del colector del río San Francisco". De esta afirmación deduce la sentencia la responsabilidad del muunicipio porque entiende mal el pensamiento de los peritos. Claro y evidente resulta que ellos, al afirmar la bondad del colector y declarar que la inundación provino de las aguas del colector, quisieron dar a entender que las aguas, por causa de la lluvia torrencial. sobrepasaron la capacidad de la canalización o que determinaron en ésta circunstancias extrañas, determinantes de su derramamiento. De estas afirmaciones de los peritos el tribunal no podía deducir la existencia de una culpa, de un descuido o de otro acto malicioso sino en virtud de un error de apreciación que vosotros debéis corregir..."

"Incurre la sentencia en **error de derecho** al aplicar el artículo 2341, imputando descuido o negligencia en el municipio al prospectar, construír y dar al servicio el colector, por cuanto ésta es una obra perfecta para el fin a que está destinada".

"E incurre en igual error de derecho al aplicar el artículo 2356 suponiendo que pueda imputarse descuido o negligencia al contratar el estudio y construcción del colector, ya que el resultado de tales contratos no fue una obra imperfecta sino una científicamente planeada y realizada, de la cual no se puede afirmar que, normalmente y dentro del servicio a que se destina de ordinario, dé lugar a inundaciones".

"El tribunal erró al apreciar como descuido imputable al municipio el hecho, mal probado, de que el contrato para el estudio de la canalización fuera "muy vago en cuanto a estipulaciones respecto a las condiciones generales del colector y los desagües correspondientes", como lo afirma la dirección municipal de obras públicas, en su nota de 13 de agosto de 1926. Es que no podía ser de otra manera..."

"Aprecia mal el tribunal esta prueba, cuando piensa que hay vaguedad culpable al omitir especificaciones o condiciones que no se conocen, y que, por lo mismo, no pueden darse, y que aún conociéndolas, es prudente no darse para obtener una mayor exactitud en los estudios contratados".

"Hay **error de hecho** al invertir el significado de la prueba tomándola como demostrativa de negligencia, cuando es demostrativa de vigilante cuidado..."

"Pagó el señor Herrera la cuota proporcional que le correspondía no sólo en razón de los desagües de su casa sino en el colector que los prolonga hasta afuera de la ciudad? ¿O se obligó formalmente a ese pago? No hay prueba de ello. Por lo mismo el señor Herrera, que dejó de presentarla, no ha adquirido en este juicio el derecho a que se reconozca obligación en el municipio para construírle los desagües..."

"El tribunal incurre en error de **hecho** y de **derecho** al deducir para el municipio la obligación de construír los desagües de la casa del señor Herrera, deduciéndola de pruebas que no existe en el proceso..."

Afirma el señor procurador que en la apreciación de las pruebas incurre el tribunal en triple error, a saber:

a)—En **error de hecho y de derecho**, al admitir que los desgües contratados por el distrito originaron la inundación por estar mal dispuestos, pues no hay prueba de que la mala disposición hubiera sido de tales desagües, o de los internos de la casa, o de todos.

b)—En error por **mala interpretación** del artículo 17 de la ley 99 de 1922, al deducir de ese precepto que el municipio estaba obligado a construír los desgües de la casa del señor Herrera, cuando no está probado que éste hubiera satisfecho la contribución correspondiente o se hubiese obligado formalmente a pagarla.

c)—En error al **no dar aplicación** al artículo 2345 del código civil, declarando la responsabilidad del dueño, si sostiene que por la mala disposición de todos los desagües se originó la inundación.

Agrega el señor procurador que si el demandante tenía la obligación de reparar sus desagües y si la secretaría de obras públicas se ofreció a ayudarle con las indicaciones técnicas para que cumpliera su obligación, debió demostrar que hizo la reparación, que recibió las indicaciones y que se acomodó a ellas, **para librarse de la participación que por su imprudente renuencia le acarrea el artículo 2357 ya citado, que por este aspecto dejó de aplicar el tribunal.**

Termina así el señor procurador:

"Se reúnen, pues, las cuatro condiciones exigidas para que el caso fortuito tenga fuerza liberatoria: la inundación provino de un aguacero con granizo: 1)—Que no puede ser imputable al municipio; 2)—Que ocurrió sin su culpa; 3)—Que le fue abso-

lutamente irresistible, y 4)—Que razonablemente no previó porque se sucedió en contra de las previsiones técnicas que determinaron las capacidades de la obra".

"La sentencia recurrida viola la ley por haber omitido la aplicación del artículo 1º de la ley 95 de 1890, que libra de toda responsabilidad al demandado inculpable".

El señor Herrera, por medio de escrito fechado el 19 de noviembre de 1935, formuló su oposición a la demanda del señor procurador.

La corte considera:

1.—Según el artículo 640 del código civil, los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante. Esta disposición legal, invocada por el recurrente, nada tiene qué ver con los distritos ni con la culpa extracontractual. Se refiere exclusivamente a las corporaciones, especie de personas jurídicas distinta de la a que pertenecen los municipios. Los artículos 633 del código civil y 80 de la ley 153 de 1887 no dejan duda alguna sobre el particular, aparte de que los municipios son siempre personas de derecho público, al paso que las corporaciones lo son siempre de derecho privado. Y exclusivamente mira a actos y contratos, para repetir el principio, varias veces consignado en el código, de que el representado contrae obligaciones por voluntad del representante en cuanto el ejercicio de la representación no rebase las facultades anexas a ésta. Por tanto, al admitir el tribunal la tesis de que el distrito de Bogotá se hizo reo de culpa extracontractual, no infringió el artículo 640 del código civil, como lo sostiene el recurrente. Véase la sentencia de la corte sobre perjuicios morales, de 21 de julio de 1922.

2.—El artículo 1494 del código civil señala como fuente de obligaciones "un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona", y trae el delito como ejemplo de esta fuente. Sin embargo, suele ser la omisión más rico origen de obligaciones que la acción misma, y es la culpa en este campo un principio de mayor fecundidad que el delito. Sin duda alguna por cada malicioso detrimento de personas o de cosas habrá millares de daños que obedecen a descuido e imprevisión, y entre estas culpas predominan las que consisten en defecto por negligencia u olvido; por falta, en fin, de cuidar, prever y prevenir.

Después que el código civil ha tratado cuanto concierne a contratos y a cuasicontratos, dedica un título a la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Interesa para el caso en estudio destacar esta norma que surge de los artículos 2341 y 2356: **todo daño imputable a culpa de una persona, debe ser reparado.** Norma objetiva que equivale a esta subjetiva: **todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado.**

Cuando al reo de culpa se le demanda en juicio para que indemnice el daño que causó con su conducta imputable aunque no maliciosa, suele defenderse excepcionando de fuerza mayor o caso fortuito. Es ésta en multitud de casos su reacción natural. Apenas habrá concepto jurídico de que se abuse tanto como se abusa del que consiste en el accidente imprevisto e irresistible. Menudea su alegación así para desviar el efecto de los contratos como para eximirse de cumplir las obligaciones que tienen por fuente una conducta culpada.

El artículo 64 del código civil definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto **o** que no es posible resistir. Con la conjunción **o**, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identificaba en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la ley 95 de ese año cambió la conjunción **o**, en donde se leía "es lo mismo", por la preposición **a**, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de "el imprevisto **o** que no es posible resistir", dijo "el imprevisto **a** que no es posible resistir". Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible.

Prever, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó ni lo previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la inteligencia y pericia necesarias

para evitar los efectos de la fuerza irresistible.

Si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral sin suficiente violencia para ser irresistible, aunque no se haya pensado en ella.

Si el accidente es irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito: Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral, a que no pueda resistirse pero que pudo evitarse en sus consecuencias.

El anterior código judicial, en sus artículos 479 y 480, exige que el accidente sea inopinado e invencible y que el caso fortuito se deba a una causa desconocida e imprevista que no fue posible evitar.

Si el tribunal de Bogotá, al apreciar las pruebas directas e indirectas que campean en el juicio, estimó que el distrito no puso los medios necesarios para evitar o impedir el riesgo de las inundaciones, obró jurídicamente al aplicarse los artículos 2341 y 2356 del código civil, preceptos que no tenía por qué atemperar, como lo pretende el recurrente, al especialísimo del 640.

En sentir del tribunal hubo relación de causalidad entre la conducta del distrito y los perjuicios sufridos por el actor. Su sentencia puede traducirse así: fue una avenida del río San Francisco lo que inundando la casa de Herrera produjo su ruina; el distrito no pudo impedir la avenida porque la creciente impetuosa del río fue el resultado de un fuerte aguacero, pero sí pudo impedir la inundación de la casa ejecutando obra u obras que conjuraran la contingencia del daño. Si no las ejecutó, hallándose en capacidad de hacerlo, sería por falta de cautela, pues las anteriores inundaciones, los advertimientos del propietario y el dictamen de los empleados municipales, eran elementos de juicio conjetural, suficientes para que persona avisada se precaviera y guardara de daños que podían sobrevenir. En resumen, juzgó el tribunal que el daño no se hubiera causado sin la culpa del distrito.

Mazeaud define la culpa diciendo que es el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona avisada, hallándose en las mismas circunstancias externas en que estuvo el autor del daño.

Ya observó la corte, en sentencia de fecha 20 de agosto de 1935, que en tales casos, de acuerdo con la teoría llamada de la causalidad ocasional, para que el demandado responda de perjuicios basta que entre las diversas causas, cuya concurrencia produjo el daño, existiera alguna que le sea imputable, salvo que también haya responsabilidad de la víctima, caso en el cual reparan demandante y demandado, reos ambos de culpa.

4.—El señor procurador no ha demostrado haberse incurrido por el tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en el autos, al hacer la apreciación de las pruebas. La operación de crítica probatoria, llevada a cabo por el tribunal, escapa a la casación, porque no se ha demostrado que fuese manifiestamente errónea la conclusión de hecho a que le llevó esa crítica.

5.—Que el colector sea una obra perfecta no es punto tan indiscutible como lo cree el recurrente. Al contrario, Hernando Parra Lleras, perito que dictamina a foja 24 del cuaderno número 1º, dice que la cantidad de agua que puede llegar al colector por causa de los aguaceros es mayor que la hallada como capacidad de dicho colector en las mejores condiciones de limpieza y conservación. Agrega, eso sí, que en la época en que se calculó la obra no se disponía de los datos de que hoy se dispone para un cálculo científico de su capacidad. El perito Norberto Díaz C., a foja 26 del mismo cuaderno, acepta el resultado de los cálculos hechos por su colega, "que dan para el caudal tributario por la hoya del río San Francisco un gasto de 31.932 metros cúbicos, para concluír que es deficiente la sección del colector de que nos venimos ocupando y cuyas características, halladas en los planos del proyecto, permiten un gasto máximo apenas de 28,500 metros cúbicos.

6.—Sea o no perfecto el colector, téngase en cuenta que, a juicio del perito Parra Lleras, la inundación no se produjo por mala construcción de esa obra, que ningún daño ha sufrido, sino porque los desagües están mal construídos y colocados, y por otras causas que el mismo perito anota. En concepto del perito Díaz C. no tuvo influencia obstrucción alguna del colector, puesto que su sección transversal y su perfil longitudinal se conservan en buenas condiciones.

7.—La sentencia condenatoria no se fundó exactamente en que el colector fuese imperfecto, sino en que a juicio del tribunal las inundaciones se produjeron por el agua de ese colector, que brotaba por las cañerías y sifones de la casa de Evaristo Herrera. El tribunal se fundó en declaraciones de testigos, en dictámenes periciales y en el oficio emanado de la secretaría de obras públicas, con fecha 22 de diciembre de 1931. También tuvo en cuenta las inspecciones oculares practicadas por el juez primero

municipal de Bogotá en los días 17 de marzo y 15 de octubre de 1932.

8.—Han venido al juicio cuatro dictámenes periciales, a saber:

El de Parra Lleras, a foja del cuaderno Nº 1, quien dice en lo sustancial:

a)—Que pudo no ser por la mala construcción del colector por lo que se produjo la inundación, sino por la mala construcción y colocación de los desagües de la casa, que pueden ir a la alcantarilla de la calle 10 o al colector del río, y además por las malas condiciones en que están los muros y piso de los sótanos, sin defensa contra la humedad e infiltraciones de las aguas lluvias;

b)—Que mientras las paredes de base de la casa no se reformen, haciéndolas impermeables, sin duda alguna seguirán deteriorándose por causa de la humedad;

c)—Que la cantidad de agua que pueden los aguaceros llevar al colector excede a la capacidad de éste, aún suponiéndolo en las mejores condiciones de limpieza y conservación;

ch)—Que la sección municipal de alcantarillado limpia con frecuencia la extremidad del colector y el cauce del río aún no canalizado, pero que no puede el perito conceptuar sobre represa de las aguas por obstrucción de la boca terminal del colector o de su interior, como consecuencia de la mala construcción de la obra, porque en la inspección ocular no se practicó visita a ese interior ni a esa boca, y

d)—Que el agua pudo provenir: "o del colector del río San Francisco, o de la alcantarilla de la calle 10 o de servidumbre que pueda tener la mencionada casa, pues todos pueden haber sufrido un recargo de aguas lluvias, para el cual no estaban calculadas".

El de Díaz C., a foja 25 del cuaderno Nº 1º, quien dice en lo sustancial:

a)—Que la construcción del colector en las calles 10 y 11 debió merecer gran cuidado por la circunstancia de haber allí una depresión del terreno, lo que constituye circunstancia desfavorable para los desagües de los predios riberanos correspondientes, y quizá ha debido construírse un canal emisario o que tributara en el colector a un nivel suficientemente bajo;

b)—Que es deficiente la sección del colector, en razón de resistir un gasto máximo de 28,500 metros cúbicos, cuando según cálculos para el caudal tributario por la hoya del río San Francisco se requiere un gasto de 31,392 metros cúbicos;

c)—Que las aguas causantes de la inundación provinieron en su mayor parte del colector del río San Francisco, como resultado de la inversión del flujo por la cañería del desagüe de la casa, y, en menor proporción, por las aguas lluvias directamente caídas en ese predio, y

ch)—Que el nivel inferior del piso de la casa está próximamente a 1,46 metros más bajo que el nivel del intradós del arco en la clave del colector.

Los dos anteriores dictámenes se refieren a la segunda de las inundaciones. En cuanto a las causas de la primera inundación depusieron conjuntamente el mismo Díaz C. y los peritos Saulo V. Medina y Jorge Paredes, a fojas 17 y siguientes del cuaderno Nº 1º. En lo fundamental dicen:

a)—Que dadas las diferencias de altura del patio de la casa y del colector, las aguas de éste pasarán a aquélla cuando la superficie libre del flujo de las aguas suba a una altura mayor de 1,80 metros, y esto en el supuesto de que los desagües entren al colector a la prolongación del lindero norte, pues si entran más abajo las condiciones de la casa mejoran;

b)—Que el colector se diseñó y construyó para que desaguaran las crecientes resultantes de los aguaceros más fuertes registrados hasta entonces, quedando el margen de la bóveda como margen de seguridad;

c)—Que la elevación de nivel de flujo en el colector podría provenir de caudal de creciente mayor que la prevista o de represa de las aguas del colector y reducción de la sección de desagüe del mismo, ocasionada por obstrucciones en su boca terminal o en su interior;

ch)—Que la inundación no es prueba de que el colector esté mal construído y que los desagües deben sacarse algún trecho más abajo para que entrando al colector por la parte superior en ningún caso puedan experimentar flujo en sentido contrario;

d)—Que cierta presión hidráulica dentro del colector, ocasionada por deficiencia en la sección de desagüe o por reducción accidental de ésta, debida a materiales de acarreo, puede producir un flujo del colector hacia los predios aún en el caso de que los desagües de éstos estén bien planeados. El defecto sería entonces del colector.

e)—Que no es posible afirmar que el colector esté mal diseñado o construído, por lo cual a ésa obra se deban las inundaciones, pues más bien creen que el defecto ocasionado está, o en la disposición de los desagües de la casa con respecto al colector, o en obstrucciones de carácter temporal en la boca terminal de éste;

f)—Que el peligro de las inundaciones desaparece por completo cuando los desgües de la casa estén debidamente ejecutados y el colector se mantenga despejado, todo en el supuesto de que éste sea capaz y apropiado.

Resumidos los anteriores dictámenes, no puede deducirse, como lo afirma el recurrente, que el tribunal no entendió bien el pensamiento de los peritos. Si el colector no es perfecto, debido a que en la época en que fue diseñado no se disponía de ciertos datos meteorológicos que posiblemente hubieran movido a sus constructores a darle mayor capacidad, y si las inundaciones se produjeron por flujo inverso del agua atribuíble a ciertas causas anotadas, como posible obstrucción de la boca del colector o mala construcción de los desagües, no puede decirse que el tribunal apreció mal la prueba de que se está hablando. Tanto menos puede afirmarse esto cuanto el tribunal no tuvo los dictámenes periciales como única prueba, sino que además se fundó en otras a que se ha aludido.

9.—No ha incurrido el tribunal en error de derecho al aplicar los artículos 2341 y 2356 del código civil, porque ni es cierto que el colector sea obra perfecta, como lo afirma el recurrente, ni suponiéndola intachable podría concluírse con la afirmación de que el distrito es inocente, pues en concepto del tribunal, con respecto al cual no se ha probado manifiesto error de hecho, el distrito causó daño al demandante por causa del flujo reverso de las aguas.

Así dice en su sentencia:

"Ahora, en cualquiera de los dos mencionados casos, o sea, que la causa de las inundaciones esté en la mala disposición de los desagües de la casa o en obstrucciones de carácter temporal en la boca terminal del colector, existe negligencia o descuido en el municipio que debe acarrearle la consecuencia de indemnizar los perjuicios que de allí se deriven a otras personas".

Y continúa diciendo:

"El municipio incurrió en descuido y obró negligentemente al celebrar en términos vagos en relación con las condiciones generales del colector y los desagües correspondientes el respectivo contrato para la elaboración del proyecto de la obra".

No puede decirse que el tribunal errara al apreciar como descuido imputable al distrito la circunstancia, mal probada en sentir del recurrente, de que el contrato para el estudio de la canalización fuera "muy vago en cuanto a estipulaciones respecto a las condiciones generales del colector y los desagües correspondientes", como lo afirma la dirección municipal de obras públicas, en su nota de 13 de agosto de 1926, dirigida al señor personero municipal, nota que se halla a foja 2 del cuaderno Nº 3.

El recurrente toma aisladamente algunas pruebas del juicio para decir que el tribunal las apreció de modo injurídico, por error de hecho y de derecho. Este procedimiento no es científico. La convicción del juez procede del estudio de las pruebas acumuladas; es la resultante de unir y coordinar distintos elementos probatorios.

10.—En nada disculpa al municipio el hecho de que la parte demandada no pagara, si acaso no pagó, la cuota que le correspondía, según el artículo 17 de la ley 99 de 1922. Esa obligación de los vecinos no releva al distrito de responsabilidad extracontractual por los daños que ocasionen sus obras.

11.—No ha incurrido el tribunal en error de hecho o de derecho al admitir que la inundación se produjo por la mala disposición de los desagües, pues en el juicio hay elementos para creer que ello fue así. Y mal construídos los desagües exteriores, pudo estimar el tribunal que la inundación se causaba aunque los desagües interiores de las casas fueran perfectos.

12.—Demuestra lo dicho que el tribunal no interpretó erróneamente el artículo 17 de la ley 99 de 1922.

13.—Sin duda hubo un lapsus del recurrente en la cita del artículo 2345, que no viene al caso.

14.—No cita el recurrente disposición legal que lo autorice para sostener que el tribunal incurrió en error de interpretación, por no haber declarado responsables a los empleados municipales o por no haber repartido la responsabilidad entre éstos y el distrito de Bogotá.

15.—No es jurídico admitir que el tribunal violara la definición de fuerza mayor o caso fortuito, contenida en el artículo 1º de la ley 95 de 1890. Admitiendo que esté bien citado el artículo, porque su invocación envuelva el argumento de que el tribunal no tuvo en cuenta el que las aguas del río, saliendo de madre, inundaron por manera inopinada e irresistible la casa del actor, ha de tenerse en cuenta que no fueron inevitables las consecuencias de este accidente, sino que a juicio del tribunal hubo culpas del distrito de Bogotá, que precedieron y contribuyeron a su advenimiento.

16.—Procede reproducir estos párrafos tomados de la sentencia de primera instancia:

"Para establecer la diligencia o cuidado con (sic) el municipio de Bogotá adelantó la construcción de la obra del colector del río San Francisco, el señor personero allegó a los autos las copias de los contratos que sobre el particular celebró con los ingenieros Lucio García y Sady González Bernal, de que en otro lugar se habló; las declaraciones que éstos rindieron de haber cumplido su compromiso de conformidad con lo pactado y tres ejemplares de la revista "Anales de Ingeniería", en la que aparecen algunos estudios que sobre la obra del colector hicieron distinguidos ingenieros".

"Según aparece del informe que la secretaría de obras públicas municipales dirigió al señor alcalde de la ciudad, después de la inspección ocular que dicha oficina realizó en la casa del señor Herrera, "este caso y otros similares ocurridos en el último invierno indican que hay necesidad de hacer una reglamentación cuidadosa relativa a los desagües de los sótanos cuyo nivel de piso sea inferior al de los colectores que le sirven" (subraya el juzgado, flo. 14, C. P.); es decir, que el municipio construyó el colector sin reglamentar los desagües previamente, sobre todo en casos en que como el presente, el nivel del piso era inferior al del colector; procedió con falta de previsión, con falta de diligencia, con culpa; la adaptación de los desagües al colector, y su reglamentación, eran obras para realizar simultáneamente con la construcción del propio colector, porque sólo así empleaba el municipio consructor toda la diligencia y previsión para evitar que su obra causara perjuicios posteriores a los dueños de los predios y edificaciones limítrofes; luego aún aceptando que el municipio hubiera puesto la mayor diligencia en los estudios técnicos, hay un hecho concreto que comprueba la falta de cuidado en el orden y método como los trabajos se adelantaron, suficiente a determinar la indemnización: si los desagües llegaban al colector, si éste se construyó en un plano superior al de dichos desagües, el agua del colector, especialmente en las grandes lluvias, tenía necesariamente que represar sobre la finca e inundarla".

"Y no se diga que la construcción de los desagües era o debía ser obra de los propietarios, y que siendo este hecho la causa de la inundación, el perjuicio no puede imputarse al municipio; la obra del colector por su naturaleza, no puede entenderse como la construcción exclusiva del tubo o caño principal; ella comprendía accesoriamente la construcción de los correspondientes desagües, puesto que precisamente uno de sus fines era el de recibirlos; luego al emprender la construcción, el municipio no podía, sin hacerse responsable de descuido, imprevisión o culpa, adelantar la obra principal, dejando en segundo plano la de sus accesorios. Precisamente por esta razón, se impuso a los dueños de fincas aledañas la obligación de contribuir con una cuota proporcional: "Octavo.—El municipio se obliga—reza el contrato de construcción—a prestar al contratista todo el apoyo necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto por el acuerdo 14 de 1924 y análogos, dictados en desarrollo de la ley 99 de 1922 para percibir de los propietarios de fincas riberanas, las cuotas que deban pagar según la liquidación a que se ha hecho mérito, tan pronto como esté recibida la obra del frente respectivo por la secretaría de obras públicas"; luego si la construcción del colector propiamente dicho, implicaba por su naturaleza la de los desagües de los predios limítrofes, y si precisamente por concepto del beneficio que los propietarios de los predios aledaños iban a reportar se les cobraba una cuota, no es posible que ese beneficio quede convertido en perjuicio real, y que el propietario de la canalización quede exento de resarcir el perjuicio consiguiente a una falta de método y de orden en el modo como la referida obra fue llevada a cabo".

"Pero es más: supóngase en gracia del razonamiento, que el municipio hubiera empleado toda la diligencia en la construcción del colector: le quedaría aún pendiente la obligación de resarcir perjuicios, por obra del descuido o negligencia en que incurrió posteriormente, en la conservación y uso adecuado de dicho colector"

"En efecto: según el artículo 2356 del C. C., "por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia, o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: ...3º El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino". El municipio por el hecho de haber acometido la obra del colector, estaba obligado a conservarlo y repararlo de modo de no causar daño, no sólo a los transeúntes sino a los dueños de las propiedades limítrofes: el municipio de Bogotá, tuvo conocimiento, porque así resulta de las pruebas del expediente, especialmente del informe de la secretaría de obras públicas al se-

ñor alcalde, que tanto se ha citado, de que el colector producía inundaciones; y sin embargo, el municipio nada hizo por reparar o remover la causa de ese daño; luégo cuando al inundarse posteriormente la edificación del señor Herrera, ésta hubo de deshabitarse primero, y de ser destruída luégo, el municipio se hizo responsable de negligencia y descuido".

El tribunal no sólo copia el punto octavo del contrato, reproducido como se ha visto por el juzgado, sino que además inserta los puntos h, i y j del mismo contrato, que dicen así:

"h)—Para los desagües de las casas adyácentes y también para dejar en seco el colector cuando fuere necesario, se colocará a cada lado de éste tubería de gres, de 0m40 de diámetro, con pendiente menor que la del colector, de modo que partiendo de una altura de 0m30 de su base, le entre nuevamente a los 60 metros de altura igual a la de los arranques de bóveda".

"i—El contratista queda obligado a hacer las conexiones de todos los desgües de los predios riberanos desde el colector hasta el paramento exterior de los muros de cerramiento de tales predios, siendo de advertirse que las conexiones, con el diámetro necesario en cada caso particular, irán en sentido oblicuo al eje del colector y en pendiente que no pase del 5%, debiéndose dotar las cascadas necesarias para no sobrepasar de este porcientaje".

"j—En todo caso el contratista queda especialmente obligado a atender y a poner en práctica las instrucciones y observaciones que le diere el personal técnico de la secretaría de obras públicas en desarrollo de las obras contratadas, y la secretaría queda facultada para suspender la obra cuando a su juicio conviniere a los intereses municipales".

Hechas las anteriores inserciones, el tribunal comenta:

"Los hechos vinieron a demostrar en forma incontrovertible que los desagües de la casa de Herrera no fueron realizados en la forma requerida para el fin a que naturalmente están destinados, pues según lo declaran en forma acorde los testigos Luis Martínez R. y Miguel Antonio Cañizares "después de que el colector del río San Francisco estuvo construído en la calle 10ª, cada vez que ocurría un aguacero fuerte, se inundaba la referida casa N° 300, así como otras, con las aguas provenientes del colector del San Francisco que brotaban por los sifones y cañerías de la casa en cuestión..."

"El dueño de la casa, señor Herrera, cumplió con la elemental previsión de dar aviso al autor de la obra del colector tan pronto como se comenzó a producir el daño. Prueba de ello es la inspección ocular practicada por el director de obras públicas y el consiguiente concepto que le fue transcrito a Herrera en respuesta de su memorial; y para acreditar el mismo hecho sirven las diligencias de inspección ocular practicadas extrajuicio con intervención del representante del municipio a solicitud de Herrera en la casa de éste".

"De esas pruebas resulta que los daños causados con las primeras inundaciones no fueron de gravedad, y que si el municipio, como autor de la obra, emprende oportunamente la adecuada y cuidadosa reglamentación de los desagües que aconsejaba el director de obras públicas en su concepto del 22 de diciembre de 1931, habría evitado daños mayores".

"Incurrió así también en negligencia y descuido el municipio, pues la demostración práctica que le dieron los hechos de los defectos de su obra no fue atendida para ejecutar los trabajos y evitar los perjuicios, que, agravados, continuó sufriendo el demandante Herrera".

17.—Hasta el número 16, inclusive, del presente fallo, aceptó la mayoría de la sala el proyecto elaborado por el magistrado ponente, doctor Moreno Jaramillo. De ahí que ella no infirmará la sentencia del tribunal en cuanto confirmó la condenación del distrito, hecha por el juzgado de primera instancia, sino que se limitará a casar la sentencia recurrida para el solo efecto de disponer que la apreciación del daño sufrido por Evaristo Herrera está sujeta a reducción, porque éste se expuso a tal daño imprudentemente. Es decir, estima la mayoría de la sala, contra el parecer del ponente y del magistrado doctor Rocha, que el tribunal debió aplicar el artículo 2357 del código civil.

En este punto decía así el proyecto:

"Los anteriores pasos de la sentencia dictada por el juez concurren a demostrar cómo el tribunal no violó el artículo 2357 del código civil, sobre reducción de la cuantía del daño si quien lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente, o sea lo que algunos autores llaman compensación parcial o repartición de los perjuicios por error, falta o culpa de la víctima, puesto que el demandante advirtió insistentemente a las autoridades el peligro en que se hallaba su casa y puesto que la obra del colector implica otras accesorias como la prolongación de

los desagües y su conexión con el caño troncal".

"Según el artículo 17 de la ley 99 de 1922, pueden ser obligados los vecinos a contribuír proporcionalmente al costo de encauzar y cubrir las vías naturales o artificiales por donde se dé curso a aguas sucias procedentes de sus casas. No puede inferirse de este precepto legal que los municipios están obligados a reconstruír los desagües particulares, inutilizados por la obra nueva de un colector municipal, si los vecinos contribuyen o se obligan formalmente a contribuír; pero que no tienen esa obligación cuando aquéllos son renuentes al pago de la cantidad que se les asigne con el fin indicado".

"Si del artículo 17 y del contrato sobre construcción del colector dedujo el tribunal que las variaciones de los desagües particulares, impuestas por la nueva obra, eran de cargo del distrito de Bogotá, no puede afirmarse que interpretó mal el citado precepto legal ni tampoco que dejó indebidamente de aplicar el 2357 del código civil."

"No se sabe si el actor fue omiso en el pago de alguna cuota que se le asignara para la construcción del colector y de sus accesorios, y no es jurídico mezclar en el problema civil una cuestión de orden fiscal".

"La corte no halla error del tribunal en el concepto que éste se formó de corresponder al distrito, más bien que al demandante, la obligación de rehacer los desagües de la casa y unirlos al colector, y estima que la conducta de Herrera no lo expuso imprudentemente al daño. El no fue lesionado por su culpa. La conducta suya no concurrió con la del distrito a producir el derrumbamiento de la casa. No aparece concurrencia de faltas ni una falta común unidamente al autor y a la víctima. Al distrito se le ha probado su falta; a Herrera no se le ha probado falta alguna. Herrera no aceptó voluntariamente el riesgo. Al contrario, previno al distrito con tiempo de que fuera conjurada la contingencia. Pero el distrito, sin derecho y a pesar de su obligación, en vez de prevenir la posibilidad del daño, rehaciendo los desagües de la casa perteneciente a Herrera, transcribió a éste un informe del ingeniero jefe del departamento de obras públicas".

Léese en tal informe:

'Los daños anotados sí tienen como causa las aguas del colector del San Francisco que brotaron por los sifones del patio de la casa en cuestión. Este caso y otros similares ocurridos en el último invierno indican que hay necesidad de hacer una reglamentación cuidadosa relativa a los desagües de los sótanos cuyo nivel de piso sea inferior al de los colectores que los sirven. Esta secretaría podría indicar al señor Herrera la forma en que debe construír sus desagües para que no se presenten en lo sucesivo los daños de que se queja en el memorial a que hemos venido refiriéndonos'.

"Como puede observarse, el distrito de Bogotá, en vez de proceder activamente a reconstruír los desagües, como era su obligación, transcribió a Herrera el informe en que alguno de los empleados municipales ofrece indicar al reclamante la manera de hacer esa reconstrucción. Tal conducta del distrito está fuera de la ley y es culposa. Más todavía: suponiendo culpa en la víctima, y en sentir de la corte no la hubo, el distrito hubiera podido evitar el daño, porque él estaba obligado a saber que la reconstrucción de los desagües era de su cargo. Como obra municipal la consideró en el contrato con los constructores del colector".

La mayoría de la sala no aceptó los pasos del proyecto que acaban de incorporarse, y los sustituyó por los siguientes, marcados con el número 18, que ni el magistrado ponente ni el magistrado Rocha prohijan:

18.—En la nota dirigida por el alcalde de Bogotá el 4 de enero de 1932, al señor Evaristo Herrera, consta:

a)—Que el municipio, sin la menor resistencia, se allanó a reparar inmediatamente los daños causados por la primera inundación;

b)—Que el mismo municipio, con la mayor buena fe y sin trabar siquiera polémica o discusión al respecto, reconoció espontáneamente que tenía la culpa de esos daños causados hasta entonces;

c)—Que el municipio, para evitar nuevos daños, ofreció hacer todo aquello que en su concepto—y de acuerdo con la interpretación que le había venido dando al contrato de construcción del colector—era de su incumbencia.

¿Qué habría hecho, al recibir esa nota, una persona prudente, avisada y diligente, realmente interesada en evitar nuevos daños y no simplemente en preconstituír pruebas para reclamaciones sobre indemnización de perjuicios?

Cualquiera que hubiera sido la idea o creencia o convicción de esa persona sobre el contenido y extensión de las obligaciones del municipio al respecto, no se habría limitado—porque esa no era la conducta

aconsejada por la prudencia o compatible con un ánimo diligente—a cruzarse de brazos ante una actitud como la del municipio, exenta de todo espíritu de renuencia al cumplimiento de sus deberes y ajena a todo propósito de polémica sistemática.

La conducta indicada—y es obvio que tal hubiera sido la seguida por una persona prudente, avisada y diligente—era la de dirigirse nuevamente al municipio, ora para recibir de la secretaría de obras públicas las indicaciones por ella ofrecidas sobre arreglo de los desagües, ora para rectificarle al municipio—si era que había razón para ello—la apreciación hecha por éste sobre sus obligaciones al respecto, haciéndole ver que no le bastaba con dar las indicaciones ofrecidas y exigiéndole el cumplimiento de la totalidad de sus deberes.

Una de esas dos cosas habría hecho, ante la nota del municipio, una persona diligente y prudente.

Como el señor Herrera no hizo ni una ni otra cosa, y como la culpa cuasi-delictual consiste cabalmente en "un error de conducta en que no habría incurrido una persona avisada y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que lo estuvo la persona a quien se le imputa la culpa", es obvio que por parte del señor Herrera hubo una culpa, que en este caso, más que en ningún otro, es necesario destacar, por la sencilla razón de que se trataba de un servicio público—el de la construcción del colector—y es bien sabido que cuando se trata de apreciar la responsabilidad extracontractual de las entidades de derecho público por actos u omisiones en la realización o ejecución de obras concernientes al servicio público, tal responsabilidad debe en lo posible ser atenuada, inclusive por medio de una mayor severidad para la calificación de la conducta de la víctima.

Ahora bien, dada la actitud del municipio, no se puede presumir que—una vez planteada por Herrera y discutida y aclarada entre ambos la cuestión de la obligación de reconstrucción total de los daños o desagües—se hubiera negado el municipio sin razón ni fundamento a hacer a su costa todo aquello que conforme a la ley y al contrato sobre construcción del colector le correspondiera hacer.

Y no pudiéndose partir de esa presunción es claro que la ya anotada imprudencia del señor Herrera lo expuso al daño cuya reparación cobra, o en otros términos, que hubo, además de las culpas del municipio, una culpa de la víctima que implica una reducción en la indemnización que cobra el señor Herrera.

Por tanto, se casará la sentencia para el solo efecto de resolver que la apreciación del daño sufrido por Herrera está sujeta a reducción en la forma establecida por el artículo 2357, y como el monto de esa reducción debe en casos como el presente ser estimado por la corte misma, ella lo fija en el veinticinco por ciento (25%) del avalúo de los perjuicios sufridos por Herrera, lucro cesante y daño emergente, como consecuencia de la segunda inundación, ocurrida el 19 de noviembre de 1932. El avalúo de los perjuicios sufridos como consecuencia de la primera inundación, lucro cesante nada más, ocurrida el 22 de noviembre de 1931, no está sujeto a reducción, porque a los daños que ésta causó no se expuso la víctima imprudentemente.

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,

falla:

Cásase la sentencia recurrida con el único fin de adicionarla, como se la adiciona, en el sentido de que la apreciación de los perjuicios sufridos por Evaristo Herrera como consecuencia de la inundación ocurrida el diez y nueve (19) de noviembre de mil novecientos treinta y dos (1932), se reducirá en un veinticinco por ciento (25%). Con esta modificación aditiva queda confirmada la sentencia condenatoria de primera instancia.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

AUTO PARA MEJOR PROVEER

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Por sentencia de esta corte, fechada el 26 de febrero del presente año, fue casada la proferida por el tribunal superior de Cali, el 31 de enero de 1935, en el juicio reivindicatorio de Anacleto Rengifo contra Sergio Orejuela.

En la mencionada sentencia de casación dijo la corte que antes de fallar en instancia, dictaría un auto para mejor proveer, con el objeto de que se pusieran en claro ciertos puntos oscuros o dudosos.

A ello procede, de acuerdo con los arts. 539 y 600 del código judicial.

Para que el tribunal superior de Cali, a quien se comisionará para la práctica de una inspección ocular encaminada a ese esclarecimiento, se dé cuenta exacta del estudio que hasta ahora ha hecho la corte, importa resumir los datos suministrados por la diligencia de inspección ocular y por los dictámenes periciales, pruebas que con citación de ambas partes fueron practicadas en la segunda instancia.

Procede averiguar si se han puesto en claro estos cinco puntos:

Punto 1º—Identificación sobre el terreno del lote adjudicado a Waldo Cuero en el juicio de división de los terrenos de "Guabinas", lote que se delimita así: "por el norte y oriente, con el río Guachal; por el sur, con lote de Liborio López; y por el occidente, con lote de José María Velasco, Nº 43, anterior".

Punto 2º—Identificación sobre el terreno del lote comprado por Anacleto Rengifo a Clemencia y Fidela Cuero, Bárbara Sepúlveda de Cuero y María Santos Cuero, según escritura Nº 703 de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Cali, lote que consta más o menos de 14 cuadras de largo, y de ancho, por el lado norte, tres cuadras poco más o menos, y por el lado sur, 200 metros poco más o menos, situado en el punto denominado "Los Piles", o "El Guachal", del distrito y provincia de Palmira, y comprendido dentro de los siguientes linderos especiales: "Por el oriente, con el río Guachal; por el occidente, con terreno o potrero de José María Velasco; por el norte, con propiedad de Belarmina Rengifo v. de Rodríguez, y por el sur, con predio de Hermenegildo Saavedra".

Punto 3º—Identificación sobre el terreno del lote adjudicado a Anacleto Rengifo en la sucesión de su esposa Elena Reyes de Rengifo, lote que se delimita así: "al oriente, el río Guachal; al norte, cercas al medio, con tierras de Ignacio Madriñán; al occidente, cercas al medio, con tierras de Sergio Orejuela. Esas cercas hoy no existen, pues han sido destruídas por Orejuela, y lindan también por este lado con el río Cauca; y al sur, con tierras de Sergio Orejuela, cercas al medio, y con doce plazas de tierra vendidas por Anacleto Rengifo a Antonio Guerrero" (en este lote queda encerrado o comprendido un lote de tres plazas de terreno que no es de la sucesión y que fue vendido por Belarmina Rengifo y sus hijos a Orejuela, lote que se determina así: "al occidente, con tierras de Sergio Orejuela; al oriente, el río Guachal; al sur, con el lote que acaba de demarcarse; y al norte, con tierras de Ignacio Madriñán".

Punto 4º—Identificación sobre el terreno del lote que se reivindica, con una extensión de 30 plazas, más o menos y delimitado así: "al oriente, el río Guachal, en parte, y en parte también, terreno de Sergio Orejuela, comprado a Belarmina Rengifo; al occidente, con terreno del mismo Sergio Orejuela, comprado a Anacleto Rengifo; al norte, en parte, con terreno del mismo Orejuela, comprado a Belarmina Rengifo, y en parte, con terreno de Ignacio Madriñán, cerca al medio en esta última parte, y al sur, con terreno de Anacleto Rengifo, cerca al medio".

Punto 5º—Si Sergio Orejuela ocupa el lote descrito en el punto anterior, o una parte definida y precisa de tal lote.

En otros términos:

Si Sergio Orejuela ocupa en todo o en determinada parte el lote señalado en el punto 4º; si éste cabe en el lote descrito en el punto 3º; si éste y el del punto 2º son idénticos, y si, averiguada la identidad, dicho lote cabe en el a que se refiere el punto 1º

Véanse los datos que arrojan la inspección ocular y los dictámenes periciales:

Inspección ocular.—En esta diligencia se hicieron las siguientes identificaciones:

a)—Quedó identificado el lote que Waldo Cuero hubo en la partición de los terrenos de "Guabinas";

b)—Quedó identificado el lote que Sergio Orejuela hubo de Belarmina Rengifo v. de

Rodríguez y de Jorge Enrique Rodríguez, según escritura Nº 511, de 26 de junio de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Cali;

c)—Quedó establecido que el lote a que se alude en la letra anterior es parte del lote general ya identificado como objeto de la adjudicación hecha a Waldo Cuero, y

ch)—Quedó aclarado que el excedente del lote adjudicado a Waldo Cuero, "o sea la mayor parte" de dicho lote, forma el que los Cueros vendieron a Anacleto Rengifo.

Dictamen de Aníbal García.—Este perito dice lo siguiente:

a)—Que está identificado el lote que adquirió Anacleto Rengifo por compra a los Cueros, en 1907;

b)—Que este lote es el mismo adjudicado a Waldo Cuero en la división de los terrenos de "Guabinas", en el año de 1898;

c)—Que en el lindero norte hicieron figurar como colindante a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez, "cuando ésta sólo poseía un pequeño derecho en ese sitio...";

ch)—Que está demostrado cómo en el juicio de sucesión de Elena Reyes de Rengifo se inventariaron dos lotes: el adquirido por escritura Nº 703 de 11 de diciembre de 1907 y el adquirido por compra a José María Velasco, según escritura Nº 84 de 30 de abril de 1910, cuyos linderos son: "norte y oriente, con terreno de Anacleto Rengifo; por el sur, con terreno de Hermenegildo Saavedra; y por el occidente, el río Cauca y la finca del vendedor Velasco";

d)—Que los dos lotes a que se alude en la letra anterior fueron inventariados y avaluados en el juicio de sucesión de Elena Reyes de Rengifo, y

e)—Que el lote denominado "Los Piles" es el mismo que ocupan los herederos de Sergio Orejuela, en su mayor parte; Anacleto Rengifo, en una pequeña parte; y Antonio Guerrero en otra parte, y que todo tiene una extensión superficiaria de 90 fanegadas, más o menos.

Continúa su exposición este perito observando que por escritura Nº 787, de 19 de octubre de 1919, otorgada en la notaría 1ª de Cali, Anacleto Rengifo vendió a Sergio Orejuela diez y media plazas en el punto denominado "Los Piles", cerca a la ciénaga "Lancheros", con estos linderos: "por el norte, oriente y sur, con terreno del mismo vendedor Rengifo; y por el occidente, con la ciénaga de "Lanchero".

Asimismo observa este perito que por escritura Nº 511, de 26 de junio de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Cali, Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y Jorge Enrique Rodríguez vendieron a Sergio Orejuela 160 metros de terreno ubicado en "El Guachal", por estos linderos: "por el norte, terreno de Ignacio Madriñán, hoy de sus herederos; por el sur, terrenos de la mortuoria de José Miguel Rodríguez; por el oriente, el río Guachal; y por el occidente, con terrenos del comprador Orejuela L. Estos ciento sesenta metros, los aclara la escritura, así: "que se cuentan por la banda occidental del río Guachal a partir del norte hacia el sur, y que fueron medidos por la línea que se replanteó en el terreno, partiendo del norte hacia el sur, y del punto donde termina la medida de los ciento sesenta metros, en línea recta hacia el occidente, hasta encontrarse con el predio del comprador".

Y concluye el perito:

"Constatando las escrituras que se dejan citadas con el plano acompañado, resulta que el señor Sergio Orejuela L., o sea hoy sus herederos, tiene en verdad, en el sitio de 'Los Piles', por una parte, diez y media plazas o fanegadas, y los derechos que le pudieran corresponder por compra a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y a Jorge Rodríguez, en una extensión de 160 metros".

Dictamen de Alfonso Fernández.—Este perito dice lo siguiente:

a)—Que el lote a que se refiere la escritura Nº 703, de 1907, hace parte del lote adjudicado a Waldo Cuero en la división de "Guabinas";

b)—Que no está identificado el lote adquirido por la escritura Nº 703 de 1907 con el adjudicado a Anacleto Rengifo en la sucesión de su esposa;

c)—Que está identificado el lote que se adjudicó a Waldo Cuero en la división de "Guabinas";

ch)—Que el lote a que se refiere la escritura 703 de 11 de diciembre de 1907 hace parte del adjudicado a Waldo Cuero;

d)—Que no tiene fundamento para conceptuar si el lote últimamente citado "es o no parte integrante del que le fue adjudicado a Anacleto Rengifo en la sucesión de su esposa", y

e)—Que el lote denominado "Los Piles", con una extensión de unas 30 fanegadas más o menos, "es poseído actualmente, así: "Una porción por la sucesión de Sergio Orejuela (la porción del lado norte); otra porción por Anacleto Rengifo (la porción del centro); y otra porción por Antonio Guerrero (la porción del lado sur). La posesión de éstos y a que me refiero es posesión material; pues las porciones ocupadas por Guerrero y por Rengifo están cerradas por cercas de alambre y con cultivos agrícolas; y la porción poseída por la sucesión de Orejuela está

con pasto artificial casi toda y encerrada por las cercas de un potrero que posee la misma sucesión de Sergio Orejuela".

Dictamen de Daniel Delgado.—Este perito, tercero en discordia, dice lo siguiente:

a)—Que el lote delimitado en la escritura Nº 703, de 11 de diciembre de 1907, hace parte del lote adjudicado a Waldo Cuero en la división de "Guabinas";

b)—Que el lote delimitado en la escritura 703, de 11 de diciembre de 1907, es el mismo lote adjudicado a Rengifo en la sucesión de su esposa;

c)—Que el lote objeto de la reivindicación, de 30 fanegadas más o menos, hace parte integrante del lote a que se refiere tanto la adjudicación hecha a Waldo Cuero en la división de "Guabinas", como la escritura Nº 703 de 11 de diciembre de 1907, y también del lote que a Anacleto Rengifo le correspondió en la sucesión de su esposa, y

ch)—Que el lote adquirido por la escritura Nº 703 de 1907, "es el mismo que actualmente poseen, en su mayor parte, los herederos del señor Sergio Orejuela L., y hay también una porción que la posee el señor Antonio Guerrero Correa y otra que la ocupa el señor Anacleto Rengifo, porciones éstas que quedan hacia el lado sur del lote de terreno a que me he referido".

Al final de su exposición observa este perito:

"Además, me permito hacer presente que tanto en la diligencia de inspección ocular, como en el presente dictamen, se ha tenido en cuenta la venta que hizo el señor Anacleto Rengifo al finado señor Sergio Orejuela L., del lote de diez y media fanegadas o plazas en el mismo paraje denominado 'Los Piles', cerca a la ciénaga Lanchero, en jurisdicción del municipio de Palmira, y por los siguientes linderos: "por el norte, por el oriente y por el sur, con terreno del mismo vendedor; y por el occidente, con la ciénaga del "Lanchero". Esta venta consta en las escrituras números 85 y 787, de 1º de febrero de 1918 y 11 de octubre de 1919, otorgadas ambas en la notaría primera de este circuito de Cali. Por manera que al hacerse la identificación del lote constante más o menos de treinta fanegadas o plazas a que se refiere la escritura Nº 703 de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la notaría primera de este circuito de Cali, se tuvo en cuenta la situación y los linderos del lote vendido por el señor Anacleto Rengifo al señor Orejuela L., constante de diez y media fanegadas y cerca de la ciénaga llamada "Lanchero".

Concluye así este perito:

"Y se tuvo en cuenta también la venta hecha por Belarmina Rengifo y por Jorge Enrique Rodríguez al mismo señor Sergio Orejuela L., a saber: de todos los derechos que les correspondan a los vendedores Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y Jorge Enrique Rodríguez en la sucesión del señor José Miguel Rodríguez, en ciento sesenta metros de terreno, situado en el 'Guachal', municipio de Palmira, y que fue del señor José Miguel Rodríguez, terreno que tiene estos linderos: "por el norte, terreno de Ignacio Madriñán; por el sur, terreno de la mortuoria de José Miguel Rodríguez; por el oriente, el río Guachal; por el occidente, con terrenos del comprador señor Sergio Orejuela. Este lote fue también identificado de acuerdo con los linderos y medidas correspondientes, por lo cual quedó establecida también por ese lado la identificación del lote que fue de Ubaldo Cuero y que es el mismo a que se refiere la precitada escritura Nº 703, de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la notaría primera de este circuito de Cali. Y para terminar, me permito manifestar a usted que adhiero en todos los puntos o cuestiones al dictamen rendido por el señor don Aníbal García con fecha 1º de junio de este año".

La lectura de la inspección ocular y de los dictámenes periciales dejan la impresión de que han sido puestos en claro los primeros cuatro puntos, a saber: identificación del lote adjudicado a Waldo Cuero; identificación del lote comprado por Anacleto Rengifo a Clemencia Cuero y otros; identificación del lote adjudicado al mismo Rengifo en la sucesión de su esposa; identificación del lote que se reivindica.

Estas cuatro identificaciones demuestran que Sergio Orejuela ocupa una parte del lote señalado en el punto 4º; que éste cabe en el lote descrito en el punto 3º; que éste y el del punto 2º son idénticos, y que, averiguada ya tal identidad, dicho lote cabe en el delimitado en el punto 1º

Véase ahora si está esclarecido el punto 5º, esto es, si Sergio Orejuela ocupa el lote descrito en el punto 4º, o una parte definida y precisa de dicho lote:

El perito Aníbal García dice que "el lote de terreno denominado "Los Piles", ubicado en jurisdicción del municipio de Palmira, es el mismo que actualmente ocupan los herederos de Sergio Orejuela, en su mayor parte, lote que, además, lo ocupan: Anacleto Rengifo en una pequeña parte, y Antonio Guerrero, otra parte, y que todo tiene una extensión superficial de 90 fanegadas más o menos".

El perito Alfonso Fernández dice que "el lote de terreno situado en el distrito de Palmira, en el punto denominado 'Los Piles', lote que tiene una extensión de 30 fanegadas más o menos y que se delimita así: "al occidente, terrenos poseídos por la sucesión de Sergio Orejuela; al norte, terreno poseído por la misma sucesión de Sergio Orejuela, y que se identificó en la diligencia de inspección ocular como terreno comprado por Sergio Orejuela a Belarmina v. de Rodríguez y Jorge Enrique Rodríguez; y por el sur, terrenos poseídos por la misma sucesión de Sergio Orejuela; ese lote de terreno así alinderado y localizado es poseído actualmente así: una porción por la sucesión de Sergio Orejuela (la porción del lado norte); otra porción por Anacleto Rengifo (la porción del centro); otra porción por Antonio Guerrero (la porción del lado sur). La posesión de éstos y a que me refiero, es posesión material, pues las porciones ocupadas por Guerrero y Rengifo están cerradas por cercas de alambre y con cultivos agrícolas; y la porción poseída por la sucesión de Orejuela está con pasto artificial casi toda y encerrada por las cercas de un potrero que posee la misma sucesión de Sergio Orejuela.

El perito Daniel Delgado dice que "el lote de terreno ubicado en jurisdicción del municipio de Palmira, en el paraje denominado 'Los Piles', lote que tiene una cabida de treinta plazas o fanegadas más o menos, y que está comprendido bajo los siguientes linderos: por el oriente, el río Guachal; por el occidente, con terreno o potrero de José María Velasco; por el norte, con propiedad de Belarmina Rengifo v. de Rodríguez; y por el sur, con predio de Hermenegildo Saavedra, que tal lote es el mismo que fue adjudicado a Ubaldo Cuero en el juicio de división del globo comunero de 'Guabinas', es el mismo que actualmente poseen, en su mayor parte, los herederos del señor Sergio Orejuela L., y hay también una porción que la posee el señor Antonio Guerrero Correa y otra que la ocupa el señor Anacleto Rengifo, porciones éstas que quedan hacia el lado sur del lote de terreno a que me he referido".

Analizando estos dictámenes se tiene:

1º—El de García habla en general de un lote de terreno denominado "Los Piles", en forma tan vaga que pudiera comprender no sólo lo adjudicado a Waldo Cuero sino también lo correspondiente a otros comuneros de "Guabinas". Pero dicho perito presenta un plano en el cual se lee con toda claridad que en su concepto Sergio Orejuela está ocupando la zona norte de la finca que Anacleto Rengifo heredó de su esposa, esto es, una zona que limita: por el norte, con lo que Orejuela compró a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y a Jorge Enrique Rodríguez; por el sur, con el resto de la finca de Anacleto Rengifo, ocupado por éste; por el oriente, con el río Guachal; y por el occidente, con terreno de Anacleto Rengifo, ocupado por Orejuela. Es decir, el inmueble de José María Velasco. En el expediente hay datos para creer que el colindante por el occidente es Sergio Orejuela, y éste es el nombre que señala el actor por ese lado, cuando al pedir que se haga la primera declaración, dice: "al occidente, con terreno del mismo Sergio Orejuela, comprado a Anacleto Rengifo".

2º—El de Fernández señala muy bien los linderos norte, sur y occidente, pero no indica el oriente. De su dictamen se desprende sin lugar a duda que Orejuela ocupa la zona norte de la finca adjudicada a Rengifo en la sucesión de su esposa, esto es, una zona que limita: al norte, con Orejuela; al sur, con resto del inmueble de Rengifo, ocupado por éste, y al occidente, con Orejuela. Parece que la omisión del lindero oriental no tiene importancia porque todo demuestra que por ese lado está el río Guachal.

3º—El de Delgado delimita perfectamente el inmueble habido por Rengifo en la sucesión de su esposa, y dice que Orejuela ocupa una zona de ese inmueble, y que otras dos porciones están ocupadas, una por Antonio Guerrero y otra por Anacleto Rengifo. Agrega que Orejuela ocupa la zona norte y que los dos últimos se hallan hacia el lado sur. Pero no explica si el inmediato vecino de Orejuela por el sur es Rengifo o es Guerrero, dato que parece puede suplirse con las afirmaciones de los otros dos peritos, aclaradas por el plano de García.

Con el fin de que se aclaren los puntos que del anterior estudio resultan oscuros o dudosos, la corte suprema de justicia, en sala de casación en lo civil,

resuelve:

Comisiónase al tribunal superior de Cali, sala en lo civil, para que acompañado de testigos practique una inspección ocular en el sitio de "Los Piles", a fin de que en esa diligencia se pongan en claro los siguientes puntos:

1º—Si la zona que Sergio Orejuela (o sus herederos) posee dentro de la finca que Anacleto Rengifo compró a Clemencia Cuero y otros por escritura Nº 703 de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Cali, finca ésta que luégo le fue adjudicada al mismo Rengifo en la sucesión

de su esposa, Elena Reyes de Rengifo, si aquella zona se repite tiene los siguientes linderos: "por el oriente, el río Guachal, en parte, y en parte también, terreno de Sergio Orejuela comprado a Belarmina Rengifo; al occidente, con terreno del mismo Sergio Orejuela, comprado a Anacleto Rengifo; al norte, en parte, con terreno del mismo Orejuela, comprado a Belarmina Rengifo y en parte, con terreno de Ignacio Madriñán, cerca al medio en esta última parte, y al sur, con terreno de Anacleto Rengifo, cerca al medio".

2º—Si la zona poseída por Sergio Orejuela (o sus herederos) dentro de la finca de Anacleto Rengifo, a que se alude en el punto anterior, tuviere linderos distintos de los que en dicho punto se han expresado, el tribunal dirá con toda claridad y precisión cuáles son los linderos de tal zona.

3º—Superficie aproximada de la zona de que se habla, poseída por Sergio Orejuela (o sus herederos).

4º—Superficie aproximada y linderos precisos del lote que Sergio Orejuela compró a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y a Jorge Enrique Rodríguez, según escritura Nº 511, de 26 de junio de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Cali, lote ubicado al norte de la finca que Waldo Cuero hubo por adjudicación, al partirse los terrenos de "Guabinas".

5º—El tribunal complementará la información a que se refiere el punto anterior, determinando los linderos del lote comprado por Sergio Orejuela a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y a Jorge Enrique Rodríguez, según la escritura Nº 511 citada, y una vez identificado sobre el terreno dicho lote, con vista de tal escritura, precisará si Orejuela (o sus herederos) posee terreno que se halle fuéra de la línea sur del lote de que se trata y sobre la zona que Rengifo reivindica.

En el acta de inspección se dejará testimonio de las observaciones que hagan el tribunal y las partes, y en la misma pieza se extenderán las declaraciones de testigos que durante la diligencia se reciban por iniciativa de aquél o a petición de éstas, siempre que, a juicio del tribunal, tales declaraciones sean pertinentes para el esclarecimiento de los puntos objeto de la inspección.

El recurrente atenderá a los gastos que ocasione la práctica de la diligencia.

Remítase el expediente al tribunal, a quien se le señala el término de la distancia y veinte días más para el desempeño de la presente comisión.

Notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACCION DE REIVINDICACION

A quien alega el dominio como base de reivindicación, le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho del poseedor no amparado por prescripción. La presunción de dominio establecida por el artículo 762 del código civil, desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Anacleto Rengifo demandó en juicio de reivindicación a Sergio Orejuela, por libelo de 10 de julio de 1929, dirigido al juzgado del circuito de Cali.

Rengifo pidió se declarase suyo y se le restituyese un lote de terreno situado en el distrito de Palmira, con una extensión de treinta plazas, más o menos, y delimitado así: "al oriente, el río Guachal, en parte, y en parte también, terreno de Sergio Orejuela comprado a Belarmina Rengifo: al occidente, con terreno del mismo Sergio Orejuela, comprado a Belarmina Rengifo y en parte, con terreno de Ignacio Madriñán, cerca al medio en esta última parte, y al

sur, con terreno de Anacleto Rengifo, cerca al medio".

Sergio Orejuela recibió los autos en traslado pero no dio contestación a la demanda.

El juez 1º del circuito de Cali, en sentencia de 21 de octubre de 1932, absolvió al demandado de los cargos que le fueron formulados en la demanda, porque no halló la prueba de que el demandante fuese dueño del bien que quería reivindicar.

El tribunal de Cali, en sentencia fechada el 31 de enero de 1935, confirmó la proferida por el juez de primera instancia, y se fundó para confirmarla en que a su juicio no es completa la titulación presentada por el demandante ni procede por ahora la acción reivindicatoria.

Contra este fallo del tribunal interpuso el demandante recurso de casación, que fundó en escrito fechado el 24 de agosto de 1935.

La corte, en sentencia de 26 de febredel presente año, casó la proferida por el tribunal, y anunció que antes de fallar en instancia dictaría un auto para mejor proveer, con el objeto de que se esclarecieran ciertos puntos oscuros o dudosos.

Al efecto, el 21 de marzo del presente año comisionó al tribunal superior de Cali, sala en lo civil, para que acompañado de testigos practicara una inspección ocular en el sitio de "Los Piles", a fin de que en esa diligencia fueran puestos en claro los cinco puntos que adelante se expresan.

En cumplimiento de lo dispuesto por la corte, el tribunal de Cali, con asistencia de los magistrados que integran la sala en lo civil, y con intervención de los testigos Maximiliano Caicedo e Iginio Escobar, practicó la inspección ocular el día 28 de abril último.

La corte preguntó:

1º—Si la zona que Sergio Orejuela (o sus herederos), posee dentro de la finca que Anacleto Rengifo compró a Clemencia Cuero y otros por escritura Nº 703, de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la notaría 1ª del circuito de Cali, finca ésta que luégo le fue adjudicada al mismo Rengifo en la sucesión de su esposa Elena Reyes de Rengifo, si aquella zona, se repite, tiene los siguientes linderos: "por el oriente, el río Guachal, en parte, y en parte también, terreno de Sergio Orejuela comprado a Belarmina Rengifo, al occidente, con terreno del mismo Sergio Orejuela, comprado a Anacleto Rengifo; al norte, en parte, con terreno del mismo Orejuela, comprado a Belarmina Rengifo y en parte, con terreno de Ignacio Madriñán, cerca al medio en esta última parte; y al sur, con terreno de Anacleto Rengifo, cerca al medio".

El tribunal contestó:

"...los linderos de la zona que Sergio Orejuela (o sus herederos), posee dentro de la dicha finca tiene los siguientes linderos: "por el oriente, el río Guachal; al occidente, la línea imaginaria trazada en la diligencia de inspección del tribunal de 14 de mayo de 1934, que separa el lote de terreno que en el juicio de división de los terrenos de Guabinas le fue adjudicado a Waldo Cuero, del lote de terreno que en el mismo juicio le fue adjudicado a José María Velasco bajo el número 43 y que luégo éste vendió a Anacleto Rengifo por escritura Nº 84 de 30 de abril de 1910, otorgada en la notaría 2ª del circuito de Cali y que hoy ocupan Sergio Orejuela o sus herederos; al norte, con el lote de terreno del mismo Sergio Orejuela (o sus herederos), comprado a Belarmina Rengifo y que hoy poseen u ocupan estos últimos; y al sur, con terreno de Anacleto Rengifo y sementeras de Antonio Guerrero, cerca de alambre al medio". Como se ve, estos linderos no coinciden con los que expresa el punto 1º de los señalados por la sala de casación civil de la corte suprema. Son linderos distintos".

Observa la corte que las únicas diferencias reales entre las dos delimitaciones consisten en que el terreno de Sergio Orejuela comprado a Belarmina Rengifo no está también situado al oriente del lote, sino únicamente al norte del mismo, y en que Ignacio Madriñán no tiene inmueble situado al norte de tal lote.

La corte preguntó:

2º—Si la zona poseída por Sergio Orejuela (o sus herederos), dentro de la finca de Anacleto Rengifo a que se alude en el punto anterior, tuviere linderos distintos de los que en dicho punto se han expresado, el tribunal dirá con toda claridad y precisión cuáles son los linderos de tal zona.

El tribunal contestó:

"Como se deja dicho, los linderos de la zona poseída por Sergio Orejuela (o sus herederos), dentro de la finca de Anacleto Rengifo a que se alude en el punto anterior, son distintos de los expresados en el punto 1º de la corte..."

Observa la corte que a pesar de algunas diferencias entre los linderos no queda duda sobre la identidad del lote.

La corte preguntó:

3º—Superficie aproximada de la zona de que se habla, poseída por Sergio Orejuela (o sus herederos).

El tribunal contestó:

"La superficie aproximada de dicha zona, poseída por Sergio Orejuela (o sus herederos) y tomando como base tanto el plano de la división de los terrenos de Guabinas como el croquis presentado por el agrimensor Aníbal García, con fecha 1° de junio de 1934 con motivo de la primera inspección ocular verificada por este tribunal en sala singular el 14 de mayo de 1934, es, según cálculos aproximados, la de 29 y media fanegadas, naturalmente excluyendo el lote de los 160 metros de terreno vendido por Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y Jorge Enrique Rodríguez o Sergio Orejuela y que hoy ocupa y posee Sergio Orejuela (o sus herederos)".

Observa la corte que esta superficie es aproximadamente la misma que el actor señala en su demanda cuando dice que el lote tiene una extensión de treinta plazas, más o menos.

La corte preguntó:

4ª—Superficie aproximada y linderos precisos del lote que Sergio Orejuela compró a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y a Jorge Enrique Rodríguez, según escritura N' 511 de 26 de junio de 1922, otorgada en la notaría 1ª de Cali, lote ubicado al norte de la finca que Waldo Cuero hubo por adjudicación al partirse los terrenos de Guabinas.

El tribunal contestó:

"Como se deja expresado en esta misma acta la extensión aproximada y linderos precisos del referido lote quedaron determinados así: "Situados en este último punto (punto de intersección del río Guachal con la línea imaginaria), se pudo constatar que en ese extremo y formando un triángulo quedó identificado el lote de los 160 metros de terreno vendido por Belarmina viuda de Rodríguez y Jorge E. Rodríguez a Sergio Orejuela, según la citada escritura N° 511 de 26 de junio de 1922, de la notaría 1ª del circuito de Cali. Este pequeño lote que el tribunal con el auxilio de los testigos actuarios calcula de una extensión superficiaria de dos fanegadas y media, queda delimitado así: "por el sur, con el resto del lote adjudicado a Waldo Cuero en la división de Guabinas y que ocupan los demandados como herederos de Sergio Orejuela; por el occidente, con el río Guachal; por el norte, con el punto de intersección de que se ha hecho mérito, sobre la cerca de alambre de los terrenos de los herederos de Ignacio Madriñán; y por el oriente, con la expresada línea imaginaria que separa, por este lado, el lote de Waldo Cuero del lote de terreno que, bajo el número 43, se le adjudicó a José María Velasco en la misma división de los terrenos de Guabinas y que hoy ocupa Sergio Orejuela (o sus herederos)". Se hace constar que este pequeño lote de terreno lo poseen igualmente en la actualidad los herederos de Sergio Orejuela, como parte integrante del terreno que ellos ocupan y poseen en esa zona, esto es, sin cercas ni separación de ninguna clase".

Observa la corte que seguramente por un error de máquina en la anterior delimitación se escribió "occidente" donde ha debido escribirse "oriente".

La corte dispuso:

5ª—El tribunal complementará la información a que se refiere el punto anterior, determinando los linderos del lote comprado por Sergio Orejuela a Belarmina Rengifo v. de Rodríguez y a Jorge Enrique Rodríguez, según la escritura número 511 citada, y una vez identificado sobre el terreno dicho lote, con vista de tal escritura, precisará si Orejuela (o sus herederos), posee terreno que se halle fuéra de la línea sur del lote de que se trata y sobre la zona que Rengifo reivindica.

El tribunal conceptuó:

"Como se deja expresado en el punto anterior en donde se dejan determinados los linderos y la superficie aproximada del lote comprado por Orejuela a Belarmina Rengifo, v. de Rodríguez, según la escritura N° 511 citada, y una vez identificado sobre el terreno dicho lote, con vista de tal escritura, concepúúa el tribunal que Orejuela (o sus herederos), si posee terreno que se halla fuéra de la línea sur del lote de que se trata y sobre la zona que Rengifo reivindica".

Como ha podido verse, el resultado de la inspección ocular practicada en cumplimiento del auto para mejor proveer, confirmó plenamente las conclusiones a que llegó la corte en el estudio de los documentos presentados por el actor, de los dictámenes periciales y de lo observado por el tribunal durante la inspección que practicó en la segunda instancia.

Casada como está la sentencia objeto del recurso, procede la corte a fallar en instancia:

Al hacerlo, recuerda las razones de orden teórico expuestas en la sentencia de casación fechada el 26 de febrero del presente año, y las complementa con estas observaciones concretas:

a)—A quien alega el dominio como base de reivindicación, le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado,

no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho del poseedor no amparado por prescripción;

b)—La presunción de dominio establecida por el artículo 762 del código civil, desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor;

c)—La hijuela de adjudicación formada a favor de Anacleto Rongifo en el juicio de sucesión de su esposa Elena Reyes de Rengifo, juicio protocolizado en la notaría 1ª del circuito de Cali, por escritura Nº 190, de 4 de febrero de 1927, tiene como antecedente la adquisición hecha por la sociedad conyugal Rengifo-Reyes, según escritura N° 703, de 11 de diciembre de 1907, otorgada en la misma notaría, por la cual fue comprado el lote de terreno a Clemencia y Fidelia Cuero, Bárbara Sepúlveda de Cuero y María Santos Cuero;

ch)—La escritura de compraventa y la hijuela de adjudicación aparecen debidamente registradas en la oficina de Palmira, y

d)—Habiendo presentado el actor esa escritura y esa hijuela, el tribunal no tenía por qué estudiar títulos anteriores, desde luego que el poseedor demandado no presentó ninguno en prueba de tener igual o mejor derecho que el demandante, pues si hubiera exhibido algún título si sería necesario analizar el eslabonamiento de los presentados por una y otra parte, con el fin de saber a cuál correspondía la preferencia.

El poseedor será considerado de mala fe porque en los autos no hay datos para creer que haya sido víctima de un justo error en materia de hecho. Por la misma razón se le condenará en costas.

A pesar de la prevención hecha por el juez, de condenar al demandado a una multa de $ 50,00 si no contestaba la demanda, de acuerdo con el art. 144 de la ley 105 de 1890, no se le hará efectiva esa multa al demandado recurrente, porque no castiga esa omisión el código judicial en vigencia.

Al hacer la declaración de propiedad se introducirán en los linderos de la cosa reivindicada las ligeras modificaciones a que se refiere la inspección ocular practicada en cumplimiento de lo dispuesto en el auto para mejor proveer.

Se dicta esta sentencia de acuerdo con los artículos 946 y sus concordantes del código civil.

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,

falla:

1º—Revócase la sentencia proferida en este juicio por el juez 1º del circuito de Cali, con fecha 21 de octubre de 1932.

2º—Declárase que pertenece a Anacleto Rengifo un lote de terreno situado en el distrito de Palmira, lote que hoy posee indebidamente Sergio Orejuela (o sus herederos), con una extensión aproximada de veintinueve y media fanegadas, y que se delimita así: "por el oriente, el río Guachal; al occidente, la línea imaginaria trazada en la diligencia de inspección del tribunal de 14 de mayo de 1934, que separa el lote de terreno que en el juicio de división de los terrenos de Guabinas le fue adjudicado a Waldo Cuero, del lote de terreno que en el mismo juicio le fue adjudicado a José María Velasco bajo el número 43 y que luégo éste vendió a Anacleto Rengifo por escritura número 84 de 30 de abril de 1910, otorgada en la notaría 2ª del circuito de Cali y que hoy ocupan Sergio Orejuela o sus herederos; al norte, con el lote de terreno del mismo Sergio Orejuela (o sus herederos), comprado a Belarmina Rengifo y que hoy poseen u ocupan estos últimos; y al sur, con terreno de Anacleto Rengifo y sementeras de Antonio Guerrero, cerca de alambre al medio".

3º—Sergio Orejuela (o sus herederos), está obligado a restituír este lote de terreno a Anacleto Rengifo, dentro de los seis días siguientes al en que se ejecutorie el presente fallo, restitución que hará entregando el terreno libre de todo gravamen.

4º—Sergio Orejuela (o sus herederos), pagará a Anacleto Rengifo los frutos naturales y civiles del citado lote de terreno, no sólo los percibidos sino también los que hubiera podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, considerado romo poseedor de mala fe.

5º—Sergio Orejuela (o sus herederos), pagará las costas del juicio.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—Pedro León Rincón, secretario en propiedad.

REIVINDICACION.—PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS. PACTO DE RETROVENTA

1.—No hay falta de conformidad entre lo discutido y lo sentenciado, cuando se decide sobre las defensas, una a una o agrupándolas, aunque en la parte considerativa no se haga su análisis. 2.—La CAUSA PETENDI no debe confundirse con las pruebas ni con las razones que apoyan determinada tesis. 3.—El pacto de retroventa no es más que una condición resolutoria expresa, consistente en la facultad que se reserva el vendedor de recobrar lo que ha vendido, condición cuyo cumplimiento invalida la compraventa, extingue el derecho del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. 4.—La posesión de cada copartícipe es común, pues posee en nombre de todos los condueños. 5.—Mientras no se haya consumado la USUCAPION del inmueble perseguido por el reivindicador, es imposible afirmar que la acción del demandante ha prescrito. 6.—La cesión de derechos requiere siempre un título oneroso o gratuito, y es evidente que la herencia puede constituir el objeto de una compraventa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de casación en lo civil — Bogotá, agosto doce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

CAPITULO I

Por escritura Nº 251, de 3 de mayo de 1892, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, Encarnación Hurtado cedió a Demetrio Suárez sus derechos de herencia en las sucesiones de Luis Hurtado y Mercedes Benito de Hurtado, padres de la cedente. Esta escritura fue registrada en el libro Nº 2º.

Por escritura Nº 1129, de 1º de julio de 1898, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, Agustín A. Jiménez cedió a Demetrio Suárez los derechos de herencia que en la sucesión de Luis Hurtado correspondían a Marcelo Hurtado Benito y a Rafaela Hurtado Benito de Escobar. Dice el cedente que hubo esos derechos por compra a José Tadeo Castañeda, quien los había adquirido de los dos mencionados herederos. Esta escritura fue registrada en el libro Nº 2º.

Por escritura Nº 1229, de 15 de julio de 1898, otorgada en la notaría 2ª de Bogotá, Demetrio Suárez volvió a ceder a Agustín A. Jiménez, a título de venta con pacto de retrovendendo, esos mismos derechos hereditarios que en la sucesión de Luis Hurtado habían correspondido a Marcelo Hurtado Benito y a Rafaela Hurtado Benito de Escobar. Esta escritura fue registrada en el libro Nº 2º.

Por escritura Nº 540, de 6 de julio de 1899, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, fue protocolizado el expediente que contiene los juicios de sucesión acumulados de Luis y Marcelo Hurtado. En las sucesiones de estos dos señores se formó hijuela a Encarnación Hurtado, a pesar de que ésta ya había vendido a Demetrio Suárez sus derechos hereditarios en la sucesión de Luis, y también se formó hijuela a Agustín A. Jiménez, casahabiente del expresado Demetrio en los derechos hereditarios de Marcelo y Rafaela en la sucesión del mismo Luis.

CAPITULO II

A Encarnación Hurtado Benito le fueron adjudicados estos bienes:

1º—Un derecho de quinta parte en tres tiendas contiguas, situadas en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nros. 58, 60 y 62, y delimitadas en conjunto así: "por el oriente, con casa que fue de Juan José Campos; por el norte, con solar de la misma casa de Juan J. Vásquez; por el occidente, con tienda de Francisco Cifuentes; y por el sur, con la cuadra 4ª de la calle 5ª".

2º—Un derecho de quinta parte en la casa de tapias y tejas, alta y baja, situada en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, en la carrera 5ª, Nº 15, y delimitada así: "por el oriente, con la carrera 5ª; por el norte, con casa de la señora Librada Ospina; por el occidente, con solar de estas mismas sucesiones; y por el sur, con solar de los señores Paniaguas".

3º—Un derecho de quinta parte en el solar ubicado en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, en la carrera 5ª, cuadra 2ª, Nº 19, y delimitada así: "por el oriente, con la cuadra 2ª de la carrera 5ª; por el norte, con la casa que pertenece al señor Lucas Santamaría; por el occidente, con el solar de estas mismas sucesiones de la casa in-

ventariada en la partida 9ª; y por el sur, con casa de la señora Librada Ospina".

4º—Un derecho de quinta parte en el solar situado en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, y delimitado así: "por el oriente, con solar de la casa inventariada en la partida 4ª; por el norte, con solares de las casas inventariadas en las partidas 1ª y 9ª de los inventarios; por el occidente, con solares de las casas de María Josefa Pardo y Rosenda Gaviria; y por el sur, con solar de los señores Paniaguas".

5º—Un derecho de décima parte en la casa baja situada en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nº 63, y delimitada así: "por el oriente, con casa de esta misma sucesión, que habita el señor José María Hurtado; por el norte, la cuadra 4ª de la calle 5ª; por el occidente, con casa de Adelaida Vásquez; y por el sur, con solar de la casa de esta misma sucesión habitada por José María Hurtado".

6º—Un derecho de décima parte en la casa alta y baja, situada en esta ciudad, en la carrera 6ª, cuadra 4ª, Nº 111, y delimitada así: "por el norte, la calle 4ª; por el sur, la casa del señor Félix Gliken; por el oriente, con casa de la señora Carmen Copete, y por el occidente, con la cuadra 4ª, de la carrera 6ª".

7ª—Un derecho de décima parte en la casa inventariada por separado, baja, con solares anexos, situada en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nº 63, y delimitada así: "por el frente o norte, con la calle 5ª, cuadra 4ª; por la espalda o sur, con solar de la casa de esta misma sucesión; por el occidente, con casa de esta sucesión; y por el oriente, con casa que habita el señor Santiago Vargas".

La partición, la sentencia que la aprobó y el auto de ejecutoria de esta sentencia fueron registrados en el libro de causas mortuorias, el 1º de julio de 1899.

CAPITULO III

A Agustín A. Jiménez le fueron adjudicados estos bienes:

1º—Un derecho de dos quintas partes en las tres tiendas contiguas mencionadas bajo el número 1º.

2ª—Un derecho de dos quintas partes en la casa de tapia y teja, alta y baja, mencionada bajo el número 2º.

3º—Un derecho de dos quintas partes en el solar ubicado en el barrio de Santa Bárbara, mencionado bajo el número 3º.

4º—Un derecho de dos quintas partes en el solar ubicado en el barrio de Santa Bárbara, mencionado bajo el número 4º.

5º—Un derecho de tres décimas partes en la casa baja situada en el barrio de Santa Bárbara, mencionada bajo el número 5º.

6º—Un derecho de tres décimas partes en la casa alta y baja situada en la carrera 6ª, mencionada bajo el número 6º.

7º—Un derecho de tres décimas partes en la casa inventariada por separado, baja, con solares anexos, situada en la calle 5ª, mencionada bajo el número 7º.

8º—Un derecho de tres quintas partes en el terreno denominado "La Uchuta", ubicado en Anolaima, y delimitado así: "por la quebrada de Doña Juana abajo, hasta entrar en el río Curí, éste abajo hasta su unión con el río Bajamón; éste arriba, hasta una zanja o vallado, lindero con Peña Negra; de aquí por toda la cuchilla hasta dar a la cima, luégo tomando a dar a la quebrada del Jagual, quebrada abajo hasta dar a la quebrada de doña Juana, primer lindero".

CAPITULO IV

Por escritura Nº 1389, de 14 de julio de 1899, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, Agustín A. Jiménez cedió a Demetrio Suárez los derechos de herencia correspondientes a Marcelo Hurtado Benito y a Rafaela Hurtado Benito de Escobar en la sucesión de Luis Hurtado. El cedente declara: que estos derechos le han sido reconocidos y se le ha hecho la adjudicación de bienes correspondientes en las mortuorias de Luis y Mercedes (debe ser Marcelo) Hurtado; que la adjudicación relativa a los bienes de la sucesión de Luis es la de los que figuran en las partidas 2ª, 4ª y 11ª (Nros. 2º, 3º y 4º de la relación anterior); que el resto de las adjudicaciones comprende bienes de al mortuoria de Marcelo, los cuales no se incluyen en esta cesión. Esta escritura fue registrada en el libro Nº 2º.

CAPITULO V

Por escritura Nº 622, de 28 de marzo de 1913, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, Demetrio Suárez vendió a Ana María Suárez de Rey los siguientes bienes:

a)—Todos los derechos, acciones y bienes que le corresponden o puedan coresponderle en las sucesiones de Luis Hurtado y Mercedes Benito de Hurtado, padres de Encarnación Hurtado Benito, como cesionario de ésta, y en virtud de la adjudicación hecha a

dicha señora en la causa mortuoria de Luis y Marcelo Hurtado.

b)—Todos los derechos y acciones que en la sucesión de Luis Hurtado le correspondían a José Tadeo Castañeda, los cuales Agustín A. Jiménez cedió a Demetrio Suárez, derechos que posteriormente vendió Demetrio a Agustín y que éste retrovendió a aquél.

c)—Todos los derechos y acciones que por los referidos títulos corresponden a Demetrio en las sucesiones de Eustaquio, Marcelo y Luis Ceferino Hurtado, sin reserva ni excepción algunas.

ch)—Una casa ubicada en el barrio de Egipto, carrera 4ª, Nº 82.

d)—Una casa baja de tapia y teja, situada en el barrio de Santa Bárbara, en la calle 4ª, marcada con el número 55.

e)—Una tienda situada en el barrio de San Victorino, que mide cinco varas de frente por ocho de fondo, marcada con el número 55, en la carrera 12.

f)—Una tienda que mide cuatro metros de frente por cinco de fondo, en el barrio de Santa Bárbara, carrera 5ª, Nº 64.

Esta escritura número 622 fue registrada en el libro Nº 1º, el 2 de abril de 1913.

CAPITULO VI

Por escritura Nº 1268, de 20 de junio de 1913, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, Ana María Suárez de Rey vendió a Demetrio Suárez los siguientes bienes:

a)—Todos los derechos, acciones y bienes que le corresponden en las sucesiones de los cónyuges Luis Hurtado y Mercedes Benito de Hurtado, que pertenecían antes al mismo Demetrio Suárez como cesionario de Encarnación Hurtado Benito.

b)—Todos los derechos y acciones que en la sucesión de Luis Hurtado le corresponden a José Tadeo Castañeda, derechos y acciones que al mismo Demetrio Suárez cedió Agustín A. Jiménez y que Demetrio vendió posteriormente a Agustín y éste le retrovendió a aquél.

c)—Todos los derechos y acciones que por los referidos títulos correspondían a Suárez en las sucesiones de Eustaquio, Marcelo y Luis Ceferino Hurtado, sin reserva ni excepción algunas.

ch)—Las dos casas y las dos tiendas a que se refieren las letras ch, d, e y f de la relación de bienes vendidos por Demetrio Suárez a Ana María Suárez de Rey, con la advertencia de que tanto estos bienes como los marcados con las letras a, b y c, los había adquirido Ana María por compra a Demetrio.

La escritura Nº 1268, cuyo sentido acaba de explicarse, fue registrada en el libro Nº 1º, el 26 de junio de 1913.

CAPITULO VII

Por escritura Nº 1380, de julio 13 de 1915, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, fue protocolizado el testamento secreto que el 19 de mayo anterior otorgó Demetrio Suárez, en el cual instituyó por única y universal heredera a su hermana Ana María Suárez de Rey. Demetrio fue casado con la finada Encarnación Hurtado y en su matrimonio no hubo descendencia.

CAPITULO VIII

La heredera Suárez de Rey murió antes que se siguiera la sucesión de su hermano Demetrio.

Por escritura Nº 251, de 9 de agosto de 1921, otorgada en la notaría 4ª de este circuito, fue protocolizado el juicio de sucesión de Ana María Suárez de Rey, juicio en el cual se hicieron estas hijuelas:

A Abel Rey Suárez se le adjudicó la mitad del derecho de herencia que a Ana María Suárez de Rey, hoy a su sucesión, le corresponde en la sucesión de Demetrio Suárez, como heredera testamentaria.

A Soledad Rey de Castañeda se le adjudicó la otra mitad del derecho de herencia que a Ana María Suárez de Rey, hoy a su sucesión, le corresponde en la sucesión de Demetrio Suárez, como heredera testamentaria.

La partición hecha en la sucesión de Ana María Suárez de Rey, así como la sentencia aprobatoria de ella y las hijuelas, fueron registradas el 9 de agosto de 1921, en el libro de causas mortuorias (folio 12, vuelta, del cuaderno Nº 2º).

CAPITULO IX

Provistos de las hijuelas a que se ha aludido, Abel Rey Suárez y Soledad Rey de Castañeda demandaron en juicio ordinario de reivindicación a José María Hurtado, por libelo de fecha 17 de mayo de 1929, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

Primera.—Que los bienes inventariados en la sucesión de Demetrio Suárez, partidas 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª de la diligencia fechada el 12 de junio de 1924, pertenecen a la sucesión de dicho señor, representada por

las dos demandantes, y que también pertenecen a esta sucesión los frutos naturales y civiles de tales bienes desde el 12 de junio de 1921 hasta el día en que se efectúe la entrega.

Segunda.—Que Hurtado es poseedor de mala fe, por carecer de justo título de dominio.

Tercera.—Que Hurtado está obligado a entregar los bienes dichos a la sucesión de Demetrio Suárez, representada por los demandantes.

Cuarta.—Que Hurtado debe entregar a la misma sucesión, así representada, todos los frutos naturales y civiles de los bienes que se reivindican, "desde la fecha en que confesó haberlos poseído en la diligencia de inventarios de fecha 12 de junio de 1924, o sea tres años antes de esa diligencia, es decir; desde el 12 de junio de 1921, hasta el día en que se verifique la entrega de los bienes a que dichos frutos accedan, como poseedor de mala fe".

Quinta.—Que Hurtado debe pagar las costas del juicio.

CAPITULO X

Hecho un estudio comparativo de los títulos se comprende que son estos los bienes objeto de la reivindicación:

El de la partida 4ª de los inventarios es un derecho de décima parte en la casa baja situada en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nº 63, señalada con el número 5º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

El de la partida 5ª de los inventarios es un derecho de décima parte en la casa baja, con solares anexos, situada en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nº 63, señalada con el número 7º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

El de la partida 6ª de los inventarios es un derecho de tres quintas partes en las tres tiendas contiguas situadas en la calle 5ª, cuadra 4ª, números 58, 60 y 62, señaladas con el número 1º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

El de la partida 7ª de los inventarios es un derecho de tres quintas partes en la casa alta y baja situada en la carrera 5ª, Nº 15, señalada con el número 2º en la relación de bienes tomada de la misma sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

El de la partida 8ª de los inventarios es un derecho de tres quintas partes en el solar ubicado en la carrera 5ª, cuadra 2ª, Nº 19, señalada con el número 3º en la relación de bienes tomada de la misma sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

CAPITULO XI

Por escrito fechado el 7 de junio de 1929, José María Hurtado dio contestación a la demanda.

El demandado aceptó ciertos hechos, negó algunos, manifestó no constarle otros, y propuso varias excepciones, entre las cuales mencionó la de prescripción, tanto extintiva de la acción como adquisitiva de los bienes que se reivindican.

Dijo:

"Hago presente, para cumplir disposiciones legales, que algunas de las fincas a que se alude en la demanda, pertenecen a los sucesores del doctor Eustaquio Hurtado, quien fue dueño de ellas hasta su muerte, ocurrida en el año de 1860, y otras a comunidades en las cuales soy partícipe".

CAPITULO XII

Como el demandado se refiere a bienes del doctor Eustaquio Hurtado, conviene hacer memoria de lo siguiente:

Por escritura de 6 de junio de 1838, otorgada ante el escribano público de Bogotá, el doctor José Ramón Amaya N., doctoral de la santa Iglesia Metropolitana, dio en venta al presbítero Eustaquio Hurtado, a censo redimible, una casita ubicada en el barrio de Santa Bárbara, calle del Purgatorio, perteneciente a manuales y la que llaman de San Jerónimo.

Por escritura de 21 de febrero de 1842, otorgada ante el escribano público de Bogotá, se hizo constar, insertando la correspondiente diligencia, que el 23 de diciembre de 1841, ante el juzgado de la ciudad, el presbítero José Eustaquio Hurtado remató una casa baja, perteneciente al hospital de caridad, situado en el barrio de Santa Bárbara y delimitado así: "por el lado de arriba con la de Luisa Dávila; por abajo con la señora Ramona Riaño; y por la espalda con la de Juana Talero".

Por escritura de 14 de mayo de 1846, otorgada ante el escribano público de Bogotá, Anacleto Díaz vendió al presbítero José Eustaquio Hurtado una casa situada en el barrio de Santa Bárbara, de esta ciudad, y delimitada así: "por el frente, calle de por medio, con casa que pertenece a los herederos del señor Santiago Páramo; por el norte, calle de por medio, con casa del señor

Manuel Manrique; por el sur, con casa del señor José María Plata, y por la espalda con la del señor Francisco Castañeda".

CAPITULO XIII

Por sentencia fechada el 19 de abril de 1934, el juzgado 2º en lo civil del circuito de Bogotá absolvió al demandado de los cargos que se le formularon en la demanda.

El tribunal de Bogotá, en fallo de 30 de marzo de 1935, revocó la sentencia del juzgado y en su lugar dijo que la reivindicación debía prosperar, pero únicamente respecto de los derechos y acciones que Encarnación Hurtado Benito vendió a Demetrio Suárez en la sucesión de Luis Hurtado, y al efecto declaró que pertenecen a la sucesión demandante, tres de los inmuebles que a Encarnación Hurtado Benito le fueron adjudicados en los juicios de sucesión acumulados de Luis y Marcelo Hurtado, bienes que en el presente fallo fueron distinguidos bajo los puntos 1º, 2º y 3º.

En cuanto a otros inmuebles, que también figuran en la hijuela de Encarnación Hurtado Benito, el tribunal se abstuvo de hacer las declaraciones de dominio y restitución, diciendo que esos bienes no pertenecieron a la sucesión de Luis Hurtado sino que se consideraron como comunes a las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo Hurtado, y que es imposible hacer el deslinde de tales patrimonios.

El tribunal declaró no probadas las excepciones propuestas por el demandado, absolvió a éste de los demás cargos de la demanda, lo consideró como poseedor de buena fe y no hizo condenación en costas.

Ambas partes interpusieron recurso de casación contra el fallo del tribunal.

CAPITULO XIV

El demandante recurrente adujo estas causales de casación:

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

Dice que dos fueron las prescripciones por él alegadas: la extintiva de la acción y la adquisitiva de los bienes; que el tribunal examina la última y la desecha, pero nada resuelva respecto de la primera, si bien en el punto tercero de la parte resolutiva del fallo hace la declaración general de no estar probadas las excepciones propuestas por el reo.

B.—Incongruencia que hace anulable el fallo por la causal segunda, en razón de que se apoya en títulos y elementos no invocados en la demanda.

Dice que entre los títulos invocados por los actores no se incluyó la escritura número 540, de 6 de julio de 1899, en donde se hallan las hijuelas formadas a Agustín y Encarnación, en las sucesiones de Luis y Marcelo; que, sin embargo de ello, esa escritura sirvió de fundamento principal, si no único, del fallo; que el tribunal llegó a la conclusión de ser el único título útil para reivindicar el conferido por Encarnación a Demetrio, mediante la escritura Nº 251, de 3 de mayo de 1892, más como esta escritura no determina bienes, se vio obligado a vincularla con la número 540, en donde se halla la hijuela de Encarnación, y así la una complementó a la otra hasta confundirse las dos; que no habiendo invocado la escritura Nº 540 como título del derecho demandado, acogiéndola juzgó el sentenciador fuera de los límites de la litis-pendencia.

C.—Errores manifiestos de hecho y de derecho al apreciar los documentos que corren a folios 8 a 54 del cuaderno Nº 2, entre los cuales figuran las escrituras Nros. 951, de 9 de agosto de 1921, otorgada en la notaría 4ª de Bogotá, contentiva de las hijuelas formadas a los demandantes en la sucesión de Ana María Suárez de Rey, y la escritura Nº 540, de 6 de julio de 1899, otorgada en la notaría 1ª de Bogotá, en donde se halla la hijuela formada a Encarnación en la mortuaria de Luis Hurtado, y unas copias tomadas en las sucesiones de Demetrio Suárez y Encarnación Hurtado.

Dice que el término probatorio venció el 13 de septiembre de 1929, y que tales pruebas no fueron presentadas sino el 3 de octubre siguiente. Agrega que habiendo sido extemporánea la presentación de esos documentos, no podían ser apreciados como pruebas, y el tribunal, fallando el pleito en consonancia con ellos, incurrió en error de derecho y violó el art. 597 del código judicial, directamente y por falta de aplicación, error y violación que dan lugar a la infirmación del fallo, ya que al desestimarse los instrumentos mencionados queda sin base la demanda y resulta sin demostración el derecho a los bienes. Añade que como consecuencia del error y de la violación consabidos, quebrantó el sentenciador los artículos 946 y 950 del código civil, por haberlos aplicado indebidamente.

CH.—Violación de los artículos 471 del código judicial y 946 y 950 del código civil.

Aduce estos argumentos:

1º—Todos los títulos mencionados en el preámbulo y en el hecho 1º de la demanda fueron desechados por el tribunal, a excepción de la escritura Nº 251, de 3 de mayo de 1892, por la cual Encarnación cedió a Demetrio sus derechos en las sucesiones de Luis Hurtado y Mercedes Benito de Hurtado, pero esta escritura no prueba el dominio de lo que en el juicio se persigue ni es fundamento de la reivindicación, puesto que habla de derechos y acciones sin determinar bienes;

2º—Comprendiendo el sentenciador la insuficiencia de la escritura Nº 251, tuvo que echar mano de la hijuela de Encarnación para determinar los bienes y atribuír su dominio a Suárez, con lo cual apreció indebidamente, con error de hecho evidente y con error de derecho, la demanda con que se inició el juicio, la escritura 251 y la hijuela de Encarnación;

3º—El sentenciador interpretó erróneamente la demanda, porque amplió el debate entrando a estudiar títulos distintos de los invocados y cuestiones diferentes de las planteadas;

4º—La escritura Nº 251 no prueba el dominio que los demandantes reclaman, en razón de que no enumera bienes, y expresa un contrato simulado, y

5º—El sentenciador incidió en error al apreciar la hijuela de Encarnación, que no fue invocada y vino a los autos extemporáneamente.

D.—Violación de los artículos 597 y 636 del código judicial y 947 y 948 del código civil, porque el tribunal apreció mal, con evidente error de hecho y de derecho, las copias expedidas por el notario 1º de este circuito, que forman los folios 2 a 11 inclusive, del cuaderno Nº 5º.

Argumenta:

"Esas copias, en efecto, no se sabe por qué llegaron a los autos. No se acompañaron a la demanda y no se presentaron ni se ordenaron tener como pruebas, ni con citación ni sin citación de la parte contra quien se quieren hacer valer. Tampoco se adujeron en inspecciones u otras diligencias de los juzgadores de instancia, ni éstos las decretaron con citación de parte. Vinieron, en consecuencia, fuéra de los casos que determina el artículo 597 del C. J., y por lo mismo, no tienen mérito probatorio ninguno. Léase el único memorial de pruebas presentado en el tribunal por uno de mis demandantes, el señor Rey Suárez, o sea el de fecha viernes 13 de junio de 1934, que forma la primera foja del cuaderno 5º citado, y léase también el auto que a tal memorial recayó, fechado el 17 del mismo julio, y se verá que ni el primero las solicitó ni en el segundo se mandaron tener como pruebas..."

"Y a pesar de esto, el tribunal las tuvo en cuenta y las apreció como pruebas, tanto para sostener que yo fuí parte en la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado, como para determinar o precisar los bienes que a Encarnación se le adjudicaron en esas sucesiones en calidad de heredera del primero, o sea de Luis. Ninguna otra fuente de información tuvo ni pudo tener en el expediente para hacer la separación de bienes entre los de Luis, los de Marcelo y los comunes a ambos que hace en el fallo..."

E.—Violación de los artículos 2535 y 2536 del código civil, por primera causal, "para el caso remoto e improbable de que se considere que la excepción fue fallada (la de prescripción extintiva de la acción), pues en tal evento, el desconocimiento de la excepción o su repulsa, imponen la anulación de la sentencia por primera causal".

Dice que basta hacer el cómputo del tiempo transcurrido desde que la acción surgió, 3 de mayo de 1892, fecha en que Suárez compró a Encarnación sus derechos hereditarios, hasta el día de la notificación de la demanda, para concluír que está cumplido el requisito legal para la prescripción extintiva, y que al mismo resultado se llega si se toma como fecha inicial aquella en que fue inscrita la hijuela de Encarnación, o sea el 1º de junio de 1899, fecha ésta que se toma como mera hipótesis, pues el derecho de Demetrio nació por la escritura de 1892.

Concluye diciendo que la declaración de no estar probada la prescripción no pudo hacerse sino por uno de estos dos motivos:

"O porque el tribunal no estimó o apreció mal, la escritura 251 tantas veces citada, ni la hijuela de Encarnación Hurtado en la sucesión de Luis Hurtado ni la confesión hecha por mi contraparte en el párrafo de su alegato que dejo transcrito, caso en el cual la sentencia incurre en error de hecho evidente y en error de derecho al no tomar en consideración esos elementos, o al interpretarlos, si alguna estimación les dio, y violó por causa de esos errores los mencionados artículos 2535 y 2536 del C. C.";

"O porque desconoció la teoría y la doctrina de esas mismas disposiciones, y por eso no las aplicó, quebantándolas así de modo directo".

"Y en cualquiera de estos eventos, la sentencia debe ser casada para declarar, en su lugar, que la prescripción extintiva está probada".

P.—Copia el penúltimo párrafo del alegato presentado por su contraparte al tribunal (foja 17, cuaderno 4º), que dice así:

"Confiesa también el señor Hurtado Benito que los herederos de las cuotas que se reivindican las han poseído, sin interrupción, durante un espacio de tiempo que excede de media centuria, pero esto en cuanto dice relación al mismo señor Hurtado Benito, pero no con respecto a Demetrio Suárez, pues aquél, creyéndose único heredero en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado, se ha apoderado injustamente, en su calidad de comunero, de todos los derechos que de los demás herederos en las aludidas sucesiones adquirió el señor Demetrio Suárez, a quien representan legítimamente los demandantes o actores en el juicio reivindicatorio".

Sostiene que el párrafo transcrito demuestra, por propia confesión de los demandantes, que ni Suárez ni sus sucesores poseyeron jamás lo que estos últimos demandan, "y que eso que se demanda ha estado siempre y está en mi poder, o en el de la familia Hurtado, a la cual pertenezco y a la cual he representado en lo relacionado con la administración". Luego el tribunal al desconocer la fuerza de esta confesión, que no admite prueba en contrario, interpretó erróneamente, una vez más, lo manifestado en el citado párrafo del alegato y violó el artículo 1789 del C. C.".

Agrega:

"El sentenciador, para desechar las pruebas que aduje a fin de establecer mi posesión y la de mi familia, dice que las declaraciones que presenté, rendidas por Luis Mendoza Camacho, Francisco Zaldúa, José de J. Calvis y Belén Steevens y los documentos que acompañé a mi solicitud de pruebas en primera instancia, demuestran "actos de dominio de la familia Hurtado", sucesora de Eustaquio Hurtado, y que precisamente entre éstos se hallaba Encarnación Hurtado".

CAPITULO XV

Los demandantes recurrentes adujeron estas causales de casación:

G.—El tribunal, excluyendo de la reivindicación las cuotas consistentes en las décimas partes de las dos casas a que se refiere la demanda, violó los artículos 669 a 673, 740 a 753 y 946 a 971 del código civil, y los artículos 471 y 472 del código judicial.

Alegan:

1º—Que las afirmaciones de la sentencia, referentes a los bienes que no pertenecieron a la sucesión de Luis Hurtado exclusivamente sino a las sucesiones acumuladas de éste y de Marcelo Hurtado, están en pugna con los autos y con las afirmaciones que en otra parte hace el mismo tribunal de conformidad con las pruebas;

2º — Que dirigiéndose la reivindicación contra uno de los copartícipes en el juicio de sucesión de Luis Hurtado, la hijuela hecha en favor de Encarnación, correspondiente a su cesionario Demetrio, es título suficiente de dominio;

3º—Que habiendo afirmado el tribunal y siendo evidente en los autos, que existen los elementos necesarios para acreditar el dominio de los bienes adjudicados a Encarnación, inexplicables son o infundadas las afirmaciones que se hacen para negar la reivindicación de las décimas partes en los bienes anteriormente expresados;

4º—Que el tribunal, al hacer aquellas afirmaciones, parece no hubiera tomado nota de la escritura otorgada ante el notario 1º de Bogotá, el 1º de febrero de 1842, por la cual el hospital de caridad vendió al doctor Eustaquio Hurtado una casa situada en el barrio de Santa Bárbara, cuyos linderos son los mismos que aparecen en los bienes pertenecientes a dicho doctor Hurtado, que según la sentencia de la corte, dictada el 19 de octubre de 1919, pertenece a los herederos de Luis Hurtado, único heredero del doctor Eustaquio, sentencia que corre en autos publicada en la GACETA JUDICIAL Nº 1425;

5º—Que lo mismo puede decirse respecto de la copia expedida por el notario 3º de Bogotá, en la cual aparece que el doctor José Ramón Amaya, del doctoral de la Santa Iglesia Metropolitana, vende al doctor Eustaquio Hurtado una casa ubicada en el barrio de Santa Bárbara, y de la copia de la escritura de 14 de mayo de 1846, por la cual Anacleto Díaz vende al doctor Hurtado una casa situada en el mismo barrio, y

6º—Que don Luis Hurtado fue el único heredero del doctor Eustaquio Hurtado, al tenor de los títulos que se dejan indicados, por lo cual sí puede saberse cuáles son los bienes pertenecientes al expresado señor Hurtado.

H.—El tribunal, en lo relativo a los derechos materia de la reivindicación, que proceden de los contratos celebrados entre Jiménez y Suárez, incurrió en serios errores al estimar los títulos que contienen aquellos contratos, e incurrió asimismo en graves errores al interpretar los artículos 1494, 1501, 1502, 1602, 1603, 1618, 1619, 1620,

1621, 1622, 1624, 1939, 1940, 1941, 1942 y 1943 del código civil.

Dicen:

1°—Que la no indicación de los linderos y el registro en el libro número 2° están conformes con la naturaleza de los contratos sobre ventas de derechos hereditarios en sucesiones ilíquidas, de donde se deduce que la cita del artículo 2594 es improcedente y exótica;

2°—Que el instrumento por medio del cual adquirió Suárez de Jiménez los mencionados derechos, fue el marcado con el número 1129 de 1° de julio de 1898, instrumento no otorgado con posterioridad a la liquidación de la mortuoria en que estaban vinculados los derechos objeto de la compraventa, pues esa liquidación y la sentencia aprbatoria respectiva están fechadas el 25 de mayo de 1899, un año después de celebrado el contrato contenido en la escritura N° 1129;

3°—Que la escritura N° 1389, de 14 de julio de 1899, contiene simplemente "la devolución de un pacto de retroventa", celebrado por la escritura N° 1229, de 16 de julio de 1898, y que esa devolución no podía alterar los términos de esta última escritura ni recaer sobre cosa distinta de los derechos y acciones a que ella se refirió;

4°—Que no solamente es clara y precisa la intención de los contraantes al otorgar la escritura N° 1389, sino que además "la devolución de aquel pacto" no podía recaer sobre cosa distinta de las enumeradas en la escritura 1229, y

5°—Que en la escritura N° 1389 consta que el vendedor recibió del comprador el precio de la retroventa e hizo entrega de los derechos a que alude el pacto, porque de otro modo no podría explicarse que tales derechos hayan estado desde entonces en la sucesión de Luis Hurtado, cuyos bienes administra y posee en su totalidad el comunero demandado José María Hurtado B.

I.—Violación de los artículos 963 y 964 del código civil.

Dicen:

1°—Que los frutos naturales y civiles deben entregarse a los actores desde la fecha en que el demandado confesó haber poseído los bienes;

2°—Que el tribunal, cuando hizo el análisis de la prescripción ordinaria alegada por el demandado, dijo que éste no presentó título alguno para acreditar el dominio;

3°—Que no hay duda de la mala fe con que el demandado se niega a entregar los bienes, por cuanto él no puede ignorar la existencia de los títulos en favor de Suárez, y que el tribunal se ha contradicho "al afirmar primeramente que el demandado como partícipe en los bienes de la sucesión de Luis Hurtado, no podía alegar la prescripción a su favor por ser comunero en aquellos bienes, y al afirmar, un poco más adelante de la sentencia, que el demandado podía ignorar los títulos de propiedad que tenía el señor Demetrio Suárez";

4°—Que en el juicio existen pruebas suficientes para demostrar la persistencia de la mala fe, porque el reo ha invocado y puesto a su servicio todos los recursos que ha creído conducentes a apropiarse definitivamente de los bienes, y

5°—Que el demandado intervino en los juicios de sucesión y actuó como demandante en el de oposición a la vacancia de los mismos bienes, "juicio que fundamentó el actor, entre otros hechos, en el marcado con el número 12, en el cual afirma que el doctor Agustín A. Jiménez vendió a Demetrio Suárez la cuota o derechos que en las casas a que alude la demanda, se le adjudicaron en la mortuoria de Luis Hurtado. (Véase GACETA JUDICIAL N° 1425, de mayo 10 de 1920, que obra en los autos)", todo lo cual acredita plenamente la mala fe del demandado, que éste se ha encargado de comprobar, en el juicio referido, "por medio de sus confesiones, actuaciones y recursos alegados".

J.—Violación expresa del artículo 575 del código judicial, porque el tribunal guardó silencio en el fallo sobre la petición quinta de la demanda, sobre costas.

CAPITULO XVI

La corte considera las causales de casación alegadas por el demandado recurrente:

— A —

El artículo 520 del código judicial señala como segundo motivo de casación no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Más explícito el 2° de la ley 169 de 1896, expresaba el alcance de esta causal, diciendo que procedía, ya porque se resolviera sobre puntos ajenos de la controversia o se dejara de resolver sobre algunos de los que habían sido objeto del litigio, ya porque se condenara a más de lo pedido o no se fallara sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando era el caso de hacerlo. Pero no por haber suprimido la nueva ley todas esas proposiciones, deja de ser procedente la casación

por el segundo motivo cuando ocurre cualquiera de los casos previstos en la antigua. De ahí que aún sea acusable una sentencia cuando el tribunal se abstiene de fallar, explícita o implícitamente, si fuere el caso de hacerlo, sobre las excepciones perentorias alegadas. Lo natural es que el sentenciador las estudie en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutiva. Pero no puede afirmarse que el fallo carezca de consonancia cuando luégo de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso. Tampoco hay falta de conformidad entre lo discutido y lo sentenciado, cuando se decide sobre las defensas, una a una o agrupándolas, aunque en la parte considerativa no se haga su análisis. El haber sido adoptada esta conducta por el tribunal no alcanza a motivo de casación, comoquiera que la parte resolutiva aparece completa a pesar de que en la considerativa se incurriera en tales omisiones, bien explicables desde luego que no admitida la usucapión implícitamente quedó estudiada la prescripción extintiva.

Como anota el mismo recurrente, uno de los ordinales resolutivos declara "no probadas las excepciones propuestas por el demandado". En el concepto integral de "excepciones" está comprendida la de prescripción como medio de adquirir los bienes y como medio de extinguir las acciones. Siendo esto tan completo, nada importa que en los considerandos del fallo no se analizara especialmente la prescripción extintiva. Esta omisión obedecería a los razonamientos sobre la calidad común de las cosas, sobre el carácter de la posesión de cada comunero y sobre la usucapión, como se dirá adelante.

Se desecha.

— B —

No es concluyente la argumentación hecha para demostrar la incongruencia en razón de no haber citado los actores la escritura Nº 540 ni presentado su copia con el libelo. Ellos designaron claramente las cosas objeto de la reivindicación así como el derecho, causa o razón por que demandaron. En oportunidad dedujeron sus pretensiones, de las cuales no se apartó el fallo recurrido. No estaban obligados a presentar inicialmente todas las pruebas. Expresaron con nitidez su causa petendi, es decir, el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho que reclaman en juicio. La causa petendi no debe confundirse con las pruebas ni con las razones que apoyan determinada tesis. De modo que no cambia porque en el curso del debate se apoye en documentos o en razones no aducidos en la demanda inicial. La labor probatoria y la de razonamiento son apenas medios de que se valen los actores para poner de relieve el hecho jurídico en que fundan su demanda.

Concretando estas nociones a la reivindicación, basta que en la demanda exprese el actor que le pertenece la cosa y pida que el reo sea condenado a restituírsela. En el curso del debate se verá si es capaz de probar su dominio. Se alude aquí a la genuina acción reivindicatoria, no a la publiciana del derecho romano, admitida por el artículo 951 del código civil, que presenta fisonomía especial.

Se desecha.

— C —

El 4 de octubre de 1929 dictó el juez un auto en que dispuso tener como pruebas las escrituras presentadas por Abel Rey Suárez con su memorial del día anterior. Entre esas escrituras figuran las distinguidas con los números 951 y 540, tachadas por el recurrente. Véase la nota de la secretaría del juzgado, en la hoja 55 del cuaderno Nº 2º. Ciertamente la escritura 540 no fue pedida como prueba en el escrito de 13 de agosto, corriente al folio 5 del cuaderno Nº 1. Pero sí fue presentada con el memorial del 3 de octubre de 1929, como lo hizo constar la secretaría en su nota mencionada. Aunque en ese memorial se incurrió en la inexactitud de decir que todas las escrituras, inclusive la 540, habían sido solicitadas como pruebas en el primer capítulo del escrito fechado el 13 de agosto, es lo cierto que todas vinieron a los autos por voluntad del demandante y dentro del término probatorio, o sea, en el día de prórroga decretado por el juez según auto del 27 de septiembre, visible en la página 17 del cuaderno Nº 1. Merced a ese auto, las escrituras tachadas forman parte del proceso según el art. 597 del código judicial, que por lo mismo no ha sido violado. Tampoco lo ha sido por el hecho de que entre el día de prórroga, 3 de octubre, y el vencimiento del término ordinario, 12 de septiembre anterior, según el recurrente, hubiera solución de continuidad, puesto que oportunamente fue solicitada la extensión del plazo, como lo sostiene el mismo señor Hurtado, y el solicitante no tenía por qué

sufrir las consecuencias del tiempo empleado por el juez para decretar la prórroga, ni del requerido para la notificación del auto a que hubo lugar. Como consecuencia de lo expuesto, no han sido quebrantados los artículos 946 y 950 del código civil.

Se desecha.

— CH —

Ya se ha dicho que las partes no están obligadas a presentar todas sus pruebas con el libelo de demanda. Importa, sí, que las pedidas se practiquen dentro del término probatorio y sean conducentes a establecer los hechos y a poner en claro la razón del juicio. Habiendo pedido los actores la restitución de cosas singulares, nada importa que en el libelo citaran las escrituras sobre adquisición de derechos hereditarios y olvidaran invocar las hijuelas referentes a los bienes raíces en que aquéllos llegaron a concretarse. El tribunal interpretó debidamente la demanda y no apreció mal la escritura N° 251, de 3 de mayo 1892, en que consta la venta de una herencia, hecha por Encarnación Hurtado Benito a Demetrio Suárez. No puede acusársele porque para la interpretación de aquella demanda y para la apreciación de este instrumento tuviese en cuenta la escritura N° 540, traída oportunamente a los autos y aceptada como prueba, según se hizo notar en el estudio de la anterior causal. A la hijuela de Encarnación, incorporada en esa escritura, le dio su verdadero alcance. No ha habido errores de hecho o de derecho en la interpretación del libelo ni en la estimación de los documentos mencionados, y, por lo tanto, no fueron infringidos los artículos 471 del código judicial y 946 y 950 del código civil.

Según el código anterior, vigente el 3 de octubre de 1929, fecha de la presentación de las escrituras, no había diferencia entre término para pedir pruebas y término para practicar pruebas. No procede la cita del código actual, porque la fuerza probatoria de las escrituras debe juzgarse conforme a la ley que regía cuando fueron traídas a los autos, aunque el fallo fuese dictado cuando ya estaba vigente la nueva ley. Y no se olvide que tales escrituras vinieron públicamente al proceso, con citación contraria, y pudieron ser controvertidas. Véase el auto de 4 de octubre de 1929, corriente al folio 55 del cuaderno N° 2. De manera que fue consultado el espíritu de uno y otro código.

Se desecha.

— D —

Verdaderamente se ignora por qué vinieron a los autos las copias que figuran de folios 2 a 11 del cuaderno N° 5.

Con apoyo en algún dato sacado de esas copias, deslindó el tribunal los patrimonios de Luis y Marcelo. Como la reivindicación sólo prosperó respecto de los derechos vendidos por Encarnación a Demetrio, fueron descartados algunos inmuebles que figuran en la hijuela de Encarnación (una décima en dos casas situadas en la calle 5ª), porque no pertenecieron exclusivamente a Luis, sino que se los consideró comunes a las sucesiones de éste y de Marcelo. En la imposibilidad de determinar, dice la sentencia, "los patrimonios de los dos causantes, no es posible tampoco saber cuál era la cuota de don Luis Hurtado en esa comunidad, y porque Demetrio Suárez es cesionario de doña Encarnación Hurtado únicamente en los bienes que pertenecían a la sucesión de don Luis Hurtado..."

¿Por qué de tal deslinde se querella el demandado recurrente?

Si a esas copias, visibles de folios 2 a 11, no se les hubiera otorgado valor, el deslinde de patrimonios habría sido imposible. Consecuencia de esta imposibilidad: condenar al reo a restituir los bienes demandados que figuran en la hijuela de Encarnación, como si todos procedieran de Luis, porque en la copia de la escritura número 540, corriente al folio 36 del cuaderno N° 2, copia que sí forma parte del proceso, se ve cómo Jiménez fue cesionario de Encarnación en la sucesión de Marcelo. Es de creerse que el tribunal, tomando por base esta cesión, hubiera sacado la consecuencia lógica de que todos los bienes incluídos en la hijuela de Encarnación procedían de Luis, puesto que los de Marcelo pasaban a Agustín como cesionario de aquélla.

Esas copias no tienen mérito probatorio, cierto, mas el demandado carece de interés jurídico para acusar al tribunal porque las tomara en cuenta: tamaño error favoreció al recurrente.

El tribunal halló demostrada la calidad de heredero de José María Hurtado B. en la sucesión de Luis Hurtado, no sólo por los tachados documentos de folios 2 a 11 del cuaderno N° 5, sino también en vista de una sentencia de la corte, pronunciada el 19 de octubre de 1919; de los inventarios practicados en la sucesión de Demetrio, donde aparece que José María se opuso a la inclusión de algunos bienes que se hallaban en su poder, dice el fallo, "en repre-

sentación de la comunidad dueña de los derechos de Luis y Marcelo Hurtado y en otros por ser adjudicatario de dicha sucesión", y finalmente, en la respuesta al libelo, donde dice José María: "Hago presente, para cumplir disposiciones legales, que algunas de las fincas a que se alude en la demanda pertenecen a los sucesores del doctor Eustaquio Hurtado, quien fue dueño de ellas hasta su muerte, ocurrida en el año de 1860 y otras a comunidades en las cuales soy partícipe". El fallo no ha sido acusado por error en la apreciación de la sentencia proferida por la corte, ni del testimonio que José María dejó en la diligencia de inventarios y avalúos, ni de la respuesta que él dio a la demanda.

No se admite la acusación por errónea apreciación de estas pruebas. No se han violado los artículos 597 y 836 del código judicial, ni los artículos 947 y 948 del código civil.

Se desecha.

— 3 —

El lapso de tiempo a que se refieren los artículos 2535 y 2536 del código civil no empieza a correr desde la fecha en que fueron adquiridos los inmuebles sino desde el día en que perdida la posesión por el dueño principia la del usucapiente. Los autos no arrojan prueba sobre este punto de partida. De ahí que no haya habido violación de los aludidos artículos. Y no sería posible hallar la prueba de que Suárez cesó en la posesión, porque poseyendo el comunero Hurtado es claro que poseía en su nombre y en el de sus condueños.

En sentencia de 23 de julio de 1932, Gaceta número 1887, dijo la corte ser doctrina sentada por su jurisprudencia la de que conforme a la naturaleza de la comunidad y a los textos legales, la posesión de cada copartícipe es común, pues posee en nombre de todos los condueños.

En sentencia de 29 de agosto de 1925, Gaceta números 1631 y 1632, observa la corte que en alguna ocasión dio ella asenso a la teoría de que si un comunero logra poseer con ánimo de señor, y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa común de un modo absoluto; pero que no ha adherido a la teoría de que el comunero no posee en nombre de la comunidad por no haber ley expresa que lo diga. Verdad es, observa, que esa disposición esencial no existe; mas la doctrina seguida por todos los tribunales del país, "el comunero posee la cosa en su nombre y en el de sus condueños", se desprende rectamente de los artículos 943 y 2525 del código civil. Concluye diciendo cómo es verdad incontrovertible la de que el comunero posee la cosa en todas y cada de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños, y hace notar cómo es excepcional el caso de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen. Esa sería una cuestión de hecho, sujeta a pruebas especiales.

A lo dicho se agrega que así como la excepción es necesariamente perpetua, entendiendo por perpetuidad la condición de no perecer mientras exista la acción correspondiente, puesto que el derecho de defensa se ejercita cuando viene el ataque, así también, en un caso como el que se estudia, mientras no se haya consumado la usucapión del inmueble perseguido por el reivindicador, esto es, mientras el poseedor no pueda escudarse con esta excepción, es imposible afirmar que la acción del demandante ha prescrito. Los dos fenómenos son correlativos. Prescribe la acción reivindicatoria cuando se ha consumado la prescripción adquisitiva. Mientras esto no haya ocurrido habrá un obstáculo para que la acción se pierda.

Se advierte que no se está conceptuando ni decidiendo, por no ser el caso, de acuerdo con la ley 50 de 1936, posterior a las instancias de este juicio.

El tribunal no ha apreciado indebidamente la escritura 251, ni la hijuela de Encarnación, ni lo que el recurrente llama la confesión de su contraparte. Tampoco ha desconocido la doctrina de los artículos 2535 y 2536 del código civil.

Se desecha.

— F —

El párrafo de los actores, transcrito por el recurrente, no tiene el alcance que éste le atribuye. Al contrario, se deduce de su texto que en sentir de aquéllos el reo se ha apoderado sin justicia, en su calidad de condueño, de los derechos pertenecientes a los demás herederos en las sucesiones de Luis y Marcelo Hurtado, lo cual lejos de implicar el reconocimiento de la prescripción, desquicia ésta en absoluto puesto que el comunero no puede alegar dicho medio frente a sus condóminos.

Permanece en pie el análisis del tribunal sobre no prueba de la prescripción extraordinaria. El demandado recurrente no la ha desvirtuado. Los testigos, Camacho, Zaldúa, Galvis y Stevens, inquiridos por el reo, se refieren a posesión de la "familia Hurtado", no de José María personalmente. El tribunal apreció bien esos testimonios. Sorprende que el recurrente alegue esta causal, cuando él mismo ha dicho: "En mi respuesta a la demanda me opuse a la acción deducida y alegué las excepciones de prescripción ordinaria y extraordinaria, tanto extintiva de tal acción como adquisitiva de los bienes y la que surge de la manifestación que hice, para cumplir lo dispuesto por el art. 276 del C. J. vigente en esa época —igual al 214 del actual—y lo que estatuye el art. 952 del C. C., de no ser yo poseedor (subraya la corte), o dueño de éstos ya que unos pertenecen a los sucesores o herederos del Dr. Eustaquio Hurtado, quien los tuvo como dueño hasta su muerte, ocurrida en el año de 1860, y otras a comunidades en las cuales soy partícipe".

No han sido infringidos los artículos 1769 y 2532 del código civil.

Se desecha.

CAPITULO XVII

La corte considera las causales de casación alegadas por los demandantes recurrentes:

— G —

El tribunal se abstuvo de decretar la reivindicación de las dos décimas partes a que se refiere el recurrente, porque las consideró como bienes comunes a las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo, y en la imposibilidad de deslindar los patrimonios de estas sucesiones juzgó que tales dos décimas no podían entrar en la reivindicación. Trátase de un juicio del tribunal, que los demandantes recurrentes no han logrado desquiciar. Citan en contrario numerosos preceptos legales, pero no demuestran que el fallador violara alguno de esos preceptos por apreciación errónea o por falta de apreciación de determinada prueba.

La sentencia no niega, antes bien reconoce, que la hijuela de Encarnación Hurtado Benito es un documento que procede contra José María Hurtado E., por haber sido ella y él herederos de Luis Hurtado.

Si el tribunal estimó que los bienes distinguidos con los números 5º y 7º del capítulo II, adjudicados a Encarnación en las sucesiones de Luis y Marcelo, habían pertenecido a los dos finados, sin que pudiera hacerse el deslinde de lo que perteneció a uno y a otro, obró así fundándose en un memorial dirigido al partidor por varios interesados, entre los cuales figuran Demetrio Suárez en representación de su cónyuge Encarnación Hurtado Benito, y José C. Neira como apoderado de José María Hurtado Benito, memorial en que se indican como bienes comunes a las dos sucesiones varios inmuebles, entre los cuales se cuentan los mencionados. De ahí que el tribunal se abstuviera de hacer declaraciones de dominio y de restitución respecto de ésos dos inmuebles, consistentes en derechos de décimas partes en dos casas.

La escritura de 21 de febrero de 1842 (no de 1º, como dicen los demandantes recurrentes), da cuenta de la adquisición hecha por el presbítero José Eustaquio Hurtado de cierto bien raíz situado en el barrio de Santa Bárbara, que posiblemente sea el que hoy aparece dividido en las sucesiones acumuladas de Luis y Marcelo, sin que en los autos haya prueba de esta identidad.

Es verdad que la corte, en sentencia de 29 de octubre de 1919 (no de 19 de dicho mes, como dicen los demandantes recurrentes), declara que pertenecen a la sucesión de Eustaquio Hurtado algunas casas, entre las cuales están las marcadas en el capítulo II del presente fallo, bajo los números 5º y 7º, representada dicha sucesión por quienes aparecen poseyendo tales casas como herederos de Luis, quien a su turno lo fue de Eustaquio.

El ordinal pertinente de la sentencia proferida por la corte dice así:

"3º—Se declara fundada la oposición hecha por el apoderado de María Josefa Hurtado B., Encarnación Hurtado Benito de Suárez, Demetrio Suárez, Ricardo Marcelo Hurtado B., 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 tanto vacantes".

Como puede observarse, del ordinal copiado no se deduce que esos bienes pertenecieran a Luis. Ni que éste fuese el único heredero de Eustaquio. Ni siquiera que la sucesión del último se haya seguido.

El tribunal se fundó en el memorial dirigido al partidor por los interesados en las sucesiones acumuladas. Los demandantes recurrentes no acusan la sentencia por error

de hecho o de derecho en la apreciación de esta prueba, y sería extraño que se querellaran de que los documentos de folios 2 a 11 vinieran a los autos al margen del artículo 597, puesto que ellos no niegan haber sido quienes trajeron estas pruebas, si bien sostienen que "fueron agregadas a los autos por haberse pedido y practicado oportunamente" (véase su respuesta a la demanda del recurrente Hurtado).

La conclusión a que llegó el tribunal con base en el memorial dirigido al partidor, se corrobora en parte al leer la escritura Nº 1388, de 14 de julio de 1899, otorgada en la notaría 2ª de este circuito, pues dice en ella Agustín A. Jiménez que la adjudicación referente a los bienes de Luis es la de los que figuran en las partidas 2ª, 3ª, 4ª y 11ª (Nos. 2º, 3º y 4º) de la relación hecha en el presente fallo), y que el resto de las adjudicaciones comprende bienes de la mortuoria de Marcelo.

Las escrituras de 5 de junio de 1838, 21 de febrero de 1842 y 14 de mayo de 1846, extractadas en el capítulo XII, en nada contrarían la conclusión del tribunal; tampoco la afirmación hecha por los demandantes recurrentes, de que Luis fuera heredero único de Eustaquio. Y aunque tuviera esa calidad de único, ella no le daría el carácter de dueño de esos bienes como cosas singulares, mientras no precediera la adjudicación correspondiente.

No han sido violados los artículos 669 a 673, 740 a 753 y 946 a 971 del código civil; ni los artículos 471 y 472 del código judicial.

Se desecha.

— II —

Cuatro objeciones hizo el tribunal a la escritura Nº 1389, de 14 de julio de 1899, por la cual Jiménez cedió a Suárez los derechos de herencia correspondientes a dos Hurtados Benitos en la sucesión de Luis.

Primera objeción, la de que no se pusieron los linderos de los inmuebles.

Segunda objeción, la de que no se expresaron las cuotas adjudicadas en los inmuebles.

Tercera objeción, la de que no se hizo el registro en el libro Nº 1º.

Cuarta objeción, la de que liquidada una sucesión no cabe ceder derechos en ella.

Apunta la corte que el instrumento de que se trata puede tomarse como indicativo de una cesión de derechos hereditarios si se mira a su tenor literal, o como significativo de una venta de cosas adjudicadas ya, si se atiende al espíritu de la operación. Consecuencia de ello sería una disyuntiva, a saber: en la primera hipótesis no sirve tal escritura de título para reivindicar cosas singulares; en la segunda hipótesis tampoco sirve para el mismo fin, porque la escritura no fue registrada en el libro Nº 1º. Dentro de las ideas sostenidas por el tribunal, que ve en el pacto de retrovendición una nueva compraventa, aquel apunte de la corte sería jurídico y de una lógica impecable el dilema que de ahí se desprende. Pero esas ideas no deben prosperar. Los vocablos retroventa y retrovendendo sugieren el concepto de un segundo negocio en que se invierten los papeles de vendedor y comprador, para que el dominio vuelva al primero; segundo negocio en que se paga el precio de la cosa y se reclama la tradición de ella. Tales voces resultan engañosas porque están mal empleadas. Parece preferible hablar de reversión y rescate, o, como lo propone Vélez, "de recobro y quizás de retracto convencional". Este convenio accesorio a la compraventa no es más que una condición resolutoria expresa, consistente en la facultad que se reserva el vendedor de recobrar lo que ha vendido, condición cuyo cumplimiento invalida la compraventa, extingue el derecho del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. El comprador había adquirido la propiedad de lo comprado, pero a carta de gracia, como enseñaban los antiguos; su derecho desaparece al cumplirse una condición potestativa que depende de la voluntad del vendedor. En el momento en que éste hace el reembolso se efectúa la resolución del contrato. No hay, pues, nueva venta hecha por el comprador al vendedor. En vez de nacer un contrato, se ha extinguido otro por el evento de la condición resolutoria: *distractus potius quam novus contractus*. Retrayendo el vendedor, redime la cosa vendida y queda subrogado en los derechos del comprador. Simultáneamente vienen la retroacción y la retroiracción. La primera obra hacia el tiempo pasado; se finge por la segunda que las consecuencias del recobro comenzaron en tiempo anterior a aquel en que se consumó el acontecimiento resolutorio.

Suárez había adquirido de Jiménez ciertos derechos hereditarios por la escritura Nº 1129, de 1º de julio de 1898. Tales derechos volvieron al patrimonio del segundo, a título de venta con pacto de retrovendendo, según la escritura Nº 1229, de 16 de julio de 1898. Jiménez retrovendió a Suárez, por escritura Nº 1389, de 14 de julio de 1899, otorgada cuando ya habían sido inscritas la

partición, la sentencia que la aprobó y el auto de ejecutoria de esta sentencia, requisitos cumplidos el 1º de los mismos mes y año.

Observa el tribunal que los inmuebles no fueron delimitados, que las cuotas carecen de determinación, que una escritura por la cual se transmiten inmuebles debe ser inscrita en el libro Nº 1º y que liquidada una sucesión no cabe ceder derechos en ella.

Tuvieran importancia estas observaciones del tribunal, si el cumplimiento del pacto de retrovendición implicara una nueva compraventa. Pero la corte no puede acoger esta doctrina.

Ella sostuvo la teoría de ser el retrovendendo una condición resolutoria expresa, en sentencia de 22 de noviembre de 1906, publicada en los números 896 y 897 de GACETA JUDICIAL, sentencia a que pertenecen estos dos párrafos:

"Si pues, la venta con pacto de retroventa queda sometida a una condición resolutoria expresa, y una vez cumplida ésta se verifica de pleno derecho la resolución, según se deduce del artículo 1544 del código civil, teoría que aceptan ambas partes, es claro que el vendedor recobra el dominio de la cosa vendida sin necesidad de una nueva venta, sin necesidad de que se efectúe un nuevo acto traslaticio de dominio, sin necesidad de que un nuevo instrumento público en que esto conste se registre, y sin necesidad, por último, de que un nuevo registro cancele el de la escritura en que se hizo constar la venta con pacto de retroventa, pues la resolución de ésta, efectuada de pleno derecho, extingue el dominio revocable que tenía el comprador, y la cosa queda nuevamente en el patrimonio del vendedor, quien continúa siendo dueño de ella y con derecho a poseerla en virtud de los títulos por los cuales la había adquirido; que a no ser esto así habría que aceptar el absurdo jurídico de que perdido para el comprador, por la resolución de la venta, el dominio condicional que había adquirido, podía sin embargo transmitir ese derecho, que no tenía, al vendedor o a un tercero".

"Dedúcese de lo que se acaba de decir, que es infundada la causal de casación proveniente de la infracción de los artículos 764, 765, 673, 756, 2614, 789 y 1871 del código civil, puesto que la violación de estas disposiciones la hace depender el recurrente Del Corral de la errónea doctrina que su apoderado en segunda instancia sostuvo, alegando que para que se efectúe la retroventa se indispensable el otorgamiento de una nueva escritura de venta, de un nuevo acto traslaticio de dominio en que esto se haga constar, y una nueva inscripción de ese instrumento, teoría que aun su mismo apoderado ante la corte rechaza al admitir, como se ha visto, que el pacto de retroventa constituye una condición resolutoria expresa, condición que una vez cumplida produce de pleno derecho la resolución de la venta y consuma el retracto".

Se tiene, como resultado de lo expuesto, que hecho el reembolso por Suárez, según consta en escritura Nº 1389, de 14 de julio de 1899, la retroacción llevó los efectos de esa escritura al día en que fue otorgada la número 1229 de 1898, y colocando al retrayente del 99 en el puesto que tenía el vendedor del 98, hizo que la retrotracción operara el fenómeno ficto de imaginar y admitir a Suárez, no ya a Jiménez, como adjudicatario de los bienes que en la sucesión de Luis Hurtado concretaron los derechos hereditarios de Marcelo Hurtado Benito y Rafaela Hurtado Benito de Escobar.

En este caso opera de pleno derecho la condición resolutoria expresa, sin necesidad de intervención judicial, y con las retricciones legales. Véanse el artículo 1545 y sus concordantes del código civil. La doctrina y la jurisprudencia colombianas asignan carácter extintivo a la condición de retrovender, con apoyo en la índole de este pacto accesorio. No hay en Colombia un precepto explícito como el 1658 del código francés, según el cual "el contrato de venta puede ser resuelto por el ejercicio de la facultad de rescate..."

Aceptadas la resolución de pleno derecho y la ficción retrospectiva, el solo reembolso de Suárez proveyó a éste de su hijuela en la sucesión de Luis, como cesionario de los mencionados Marcelo y Rafaela, a través de Agustín A. Jiménez y de José Tadeo Castañeda. No hay por qué exigir linderos, ni determinación de cuotas, ni registro en el libro Nº 1º; tampoco es posible afirmar que se vendieron derechos sucesorios después de liquidada una sucesión.

No son obstáculo a las consecuencias dichas, ni que los derechos hereditarios se transformaran en cosas singulares antes del reembolso; ni que el negocio efectuado en el 98 fuese una cesión de herencia.

El derecho sucesorio ha de ejercerse, temprano o tarde, en las cosas de la sucesión. Cuando alguien cede su herencia, el objeto de la cesión no es otro que los bienes, derechos y cargas de heredero. El ce-

dente responde de su calidad de heredero, pero esta calidad no es materia de la transmisión. Enajena el derecho abstracto a ser adjudicatario, de cosas con las obligaciones a que haya lugar. No puede decirse que el objeto de la compraventa desaparece por la adjudicación. Apenas se ha convertido en lo que naturalmente hubo de convertirse, según debieron de preverlo las partes. Si al efectuarse la retroventa son del vendedor las accesiones naturales de la cosa, más claro es su dominio sobre la cosa misma en que se concretó su derecho abstracto.

Para que valga la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc., etc. Aquel modo de adquirir es común a los diversos títulos. Trátese de una compraventa, de una permutación, de una donación, de un aporte social, de la constitución de una renta vitalicia, o de otro título traslaticio cualquiera, la verdad es que el comprador, el permutante, el donatario, la sociedad, el pensionario, no se hacen dueños de las cosas sino mediante la tradición que siga a esos fenómenos jurídicos.

La cesión de derechos requiere siempre un título oneroso o gratuito. Generalmente ese título es la compraventa. Véanse estos artículos: 1857, que exige escritura pública para la venta de una sucesión hereditaria; 1958, que reputa perfecto el cambio de derechos de sucesión hereditaria, cuando se ha otorgado escritura pública; 1967, que distingue entre la cesión de un derecho de herencia y el título oneroso a que esa cesión se efectúe; 1970, que diferencia la cesión de derechos litigiosos, de los títulos de venta o de permutación a que ella se haga, y 33 de la ley 57 de 1887, que al definir los efectos de la cesión de créditos, alude al título.

El código civil, siguiendo la tecnología romana, ha destinado un título especial (25 del libro IV), a la cesión de derechos, en sus especies de crédito personal, herencia, legado y evento incierto de la litis. Pero es indudable que la cesión admite un título diferente de la cesión misma. El código francés agrupa en un solo capítulo la cesión de créditos, la de herencias y la de derechos litigiosos, y lo coloca como octavo y último de los que forman el título de la venta. En su artículo 1592 habla de "venta o cesión".

Si hay diferencia entre el derecho de dominio y el de herencia, por ser el primero real sobre una cosa corporal, sin excluír las incorporales en que también existe una especie de propiedad, y por ser el segundo real sobre una universalidad jurídica, con la expectativa de concretarse en el dominio de uno o más bienes, evidente es que la herencia puede constituír el objeto de una compraventa. El artículo 1857 del código civil prescribe la forma en que debe celebrarse la de sucesiones hereditarias.

De todo lo dicho se desprende que el tribunal violó, por errónea interpretación, los artículos 1939 y 1941 del código civil, sobre pacto de retroventa, y que esta violación llevará a casar la sentencia recurrida en cuanto excluyó de las declaraciones sobre dominio y restitución inmuebles adquiridos por Demetrio Suárez en la sucesión de Luis Hurtado, como cesionario de Marcelo y Rafaela Hurtado Benito, a través de Agustín A. Jiménez y de José Tadeo Castañeda.

Se admite.

— I —

Los artículos 963 y 964 del código civil, que se hallan en el capítulo de las prestaciones mutuas, fijan las obligaciones del poseedor vencido, imponiéndole unas cuando poseyó de buena fe y otras cuando poseyó de mala fe. Nada más. El fallador que atribuye buena o mala fe a la parte vencida, no tiene por qué violar tales preceptos. Podrá infringir, por mala apreciación de las pruebas, los artículos 768 y 769 del código civil, no citados en esta causal por el recurrente.

Se desecha.

— J —

Repetidas veces ha dicho esta corporación que lo referente a costas, por ser punto accesorio en el debate y por estar su apreciación sujeta a la conciencia del tribunal, no es motivo de casación. Esta doctrina no cambia por el hecho de que una de las súplicas de la demanda versara sobre costas, ya que no por explícita deja de ser accesoria y adjetiva dicha solicitud.

No obstante lo dicho, por excepción a aquellas normas generales, la condena en costas puede pedirse como uno de los elementos principales que integran la acción de reparación de daño por abuso del derecho de litigar, como lo expresó la corte en sentencia de fecha 19 de agosto de 1935, G. J. Nos. 1901 y 1902, págs. 455 y siguientes, caso en el cual el concepto de reparación parcial del daño puede dar motivo a casación.

Se desecha.

CAPITULO XVIII

Al fallar en instancia, la corte considera:

Primero.—Son estos los bienes que reivindican Abel Rey Suárez y Soledad Rey de Castañeda, para la sucesión de Demetrio Suárez:

a)—El de la partida 4ª de los inventarios practicados en la sucesión de Suárez, consistente en un derecho de décima parte en la casa baja situada en la calle 5ª, cuadra 4ª, señalada con el número 5º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

b)—El de la partida 5ª de los inventarios practicados en la sucesión de Suárez, consistente en un derecho de décima parte en la casa baja, con solares anexos, situada en la calle 5ª, cuadra 4ª, señalada con el número 7º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

c)—El de la partida 6ª de los inventarios practicados en la sucesión de Suárez, consistente en un derecho de tres quintas partes en las tres tiendas contiguas situadas en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nros. 58, 60 y 62, señaladas con el número 1º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

ch)—El de la partida 7ª de los inventarios practicados en la sucesión de Suárez, consistente en un derecho de tres quintas partes en la casa alta y baja situada en la carrera 5ª, Nº 15, señalada con el número 2º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Macelo Hurtado.

d)—El de la partida 8ª de los inventarios practicados en la sucesión de Suárez, consistente en un derecho de tres quintas partes en el solar ubicado en la carrera 5ª, cuadra 2ª, Nº 19, señalada con el número 3º en la relación de bienes tomada de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado.

Segundo.—El tribunal negó la reivindicación de los bienes señalados con las letras a) y b), y decretó la de los señalados con las letras c), ch) y d), pero reduciéndose a las cuotas adjudicadas a Encarnación Hurtado y prescindiendo de las adjudicadas a Agustín A. Jiménez, lo cual dio como resultado el que únicamente declarara el dominio de una quinta parte en cada uno de los inmuebles c), ch) y d).

Tercero.—En la escritura de retroventa, Nº 1389, de 14 de julio de 1899, dice Agustín A. Jiménez "que la adjudicación correspondiente a los bienes de la sucesión de Luis Hurtado, es la de los que figuran en los inventarios y en la partición en las partidas segunda, cuarta y onceava; que el resto de las adjudicaciones comprende bienes de la mortuoria de Marcelo Hurtado y que, por consiguiente no se incluyen en esta cesión". Tal aclaración fue aceptada por Demetrio Suárez, quien aprobó la escritura "por estar a su satisfacción".

Cuarto.—El bien que figura en la partida onceava de la hijuela de Agustín A. Jiménez, no fue objeto de reivindicación.

Quinto.—El bien que figura en la partida segunda de la hijuela de Jiménez consiste en un derecho de dos quintas partes en las tres tiendas contiguas señaladas con la letra c).

Sexto.—El bien que figura en la partida cuarta, de la hijuela de Jiménez, consiste en un derecho de dos quintas partes en la casa alta y baja situada en la carrera 5ª, y señalada con la letra ch).

Séptimo.—Por tanto, debe prescindirse del inmueble a que se refiere la partida onceava de la hijuela de Jiménez y de los inmuebles a que se refieren las letras a), b) y d) de la relación anterior.

Octavo.—En cuanto a los bienes de las letras c) y ch), bastará modificar la sentencia en el sentido de que la declaración de dominio verse sobre tres quintas partes en cada uno de tales dos bienes.

Noveno.—El tribunal declaró poseedor de buena fe al demandado en lo que respecta a las cuotas cuya restitución decretó en su sentencia. Esta declaración es intocable en lo atinente a dichas cuotas, como se dijo al estudiar el correspondiente motivo de casación, que fue desechado. Pero la corte cambia esa estimación por la de mala fe, en cuanto atañe a las cuotas cuya restitución ordena en este fallo de instancia, y la cambia porque el error, en materia de derecho, constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario, según el artículo 768 del código civil. El demandado no podría ampararse en que ignoraba las consecuencias jurídicas del pacto de retroventa. Además, ocupa sin título alguno.

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,

falle:

Cásase la sentencia proferida en este juicio por el tribunal superior de Bogotá, con fecha 30 de marzo de 1935, pero únicamente en su declaración número 4ª, que

absuelve "al demandado, José María Hurtado Benito, de los demás cargos de la demanda".

Como consecuencia de esta casación parcial, el fallo queda definitivamente así:

1º—Declárase que pertenecen en pleno dominio y propiedad a la sucesión de Demetrio Suárez, representada por Abel Rey Suárez y Soledad Rey de Castañeda, los bienes que a continuación se enumeran, los cuales fueron inventariados en dicha sucesión:

a)—Un derecho de tres quintas partes en el dominio de tres tiendas, contiguas, situadas en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, en la calle 5ª, cuadra 4ª, Nos. 58, 60 y 62, deslindadas en conjunto así: "por el oriente, con casa que fue de Juan José Campos; por el norte, con solar de la casa del mismo Juan J. Vásquez; por el occidente, con tienda de Francisco Campos, y por el sur, con la cuadra 4ª de la calle 5ª". Los linderos con que figuran estas tres tiendas en las diligencias de inventarios y avalúos de la sucesión de Demetrio Suárez, son los siguientes: "por el oriente, con casa que es o fue de Juan José Campos; por el norte, con solar de la casa que es o fue de Juan J. Vásquez; por el occidente, con tienda que es o fue de Francisco Campos o Cifuentes, y por el sur, con la calle 5ª".

b)—Un derecho equivalente a las tres quintas partes del dominio en una casa situada en la carrera 5ª, barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, marcada con el número 15, deslindada generalmente así: "por el oriente, con la carrera 5ª; por el norte, con casa de la señora Librada Ospina; por el occidente, con solar de la casa de estas mismas sucesiones, y por el sur, con solar de los señores Paniaguas". Los linderos con que figura en la diligencia de inventarios en la sucesión de Demetrio Suárez, son estos: "por el oriente, con la carrera 5ª; por el norte, con casa que es o fue de Librada Ospina; por el occidente, con solar de la casa que perteneció a la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado y de José María Hurtado; y por el sur, con casa de los señores Paniaguas"; y

c)—Un derecho equivalente a una quinta parte en el dominio de un solar situado en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, carrera 5ª, marcado con el número 19, y alinderado generalmente así: "por el oriente, con la cuadra 2ª de la carrera 5ª; por el norte, con casa que pertenece a Lucas Santamaría; por el occidente, con solar de estas mismas sucesiones, de la casa inventariada en la partida novena; y por el sur, con casa de la señora Librada Ospina". En el inventario practicado en la sucesión de Demetrio Suárez aparecen estos linderos: "por el oriente, con la carrera 5ª; por el norte, con casa de Lucas Santamaría; por el occidente, con fincas de la sucesión de Luis y Marcelo Hurtado, y por el sur, con casa que es o fue de Librada Ospina".

2º—Condénase a José María Hurtado Benito a restituír a la sucesión de Demetrio Suárez, representada por Abel Rey Suárez y Soledad Rey de Castañeda, los bienes marcados con las letras a), b) y c) de la declaración anterior, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

3º—Condénase al mismo Hurtado Benito a restituir a la misma sucesión, representada de la misma manera, los frutos naturales y civiles de dichos bienes, así: como poseedor de buena fe en lo que respecta a una quinta parte en los inmuebles marcados con las letras a), b) y c), es decir, desde la fecha de la notificación de la demanda, treinta y uno de mayo de mil novecientos veintinueve, hasta el día en que se haga la restitución decretada; y como poseedor de mala fe en lo que respecta a dos quintas partes en los inmuebles marcados con las letras a) y b), es decir, desde que entró a poseerlas hasta que haga la restitución decretada, posesión a que no podrá fijarse fecha anterior a la señalada en la demanda (súplica 4ª).

4º—Declárase no probadas las excepciones propuestas por el demandado;

5º—Absuélvese al demandado, José María Hurtado Benito, de los demás cargos de la demanda;

6º—No se hace condenación en costas ni en la primera ni en la segunda instancias.

7º—Condénase al demandado recurrente en las costas del recurso de casación.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—Emilio Prieto Hernández, secretario interino.

PRESTACION Y COBRO DE SERVICIOS MEDICOS

Para que la acción sobre pago de esta clase de servicios prospere es necesario que quien los demanda demuestre la relación jurídica con el demandado y que los servicios fueron prestados por orden del demandado.

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Antonio Rivadeneira demandó a The Santa Marta Railway Cº Ltd., sociedad domiciliada en Londres, con negocios permanentes en esta República, para que declare que tal compañía debe pagar al demandante Rivadeneira la suma de doce mil pesso oro legal, suma en que estima el valor de sus honorarios por los servicios médicos prestados a los empleados y obreros de la empresa demandada en los talleres que ésta tiene en la ciudad de Ciénaga, durante los años de 1924, 1925 y 1926, o lo que resulte de dichos servicios, conforme a la estipulación actual. Pidió también que la empresa demandada fuera condenada a pagarle las costas del juicio y los intereses legales que se devenguen desde el día en que debía pagar la suma que demanda, hasta cuando se verifique el pago.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de fecha veintidós de marzo de mil novecientos treinta y cinco, confirmó la sentencia del Juez 2º de ese circuito, sentencia en la cual negaron las declaraciones solicitadas por el demandante y en consecuencia se absolvió a The Santa Marta Railway Cº Limited de los cargos de la demanda. El demandante interpuso recurso de casación que, admitido y tramitado, pasa a decidirse.

Son dos los hechos de la demanda: primero, haber prestado el demandante sus servicios profesionales, como médico, a los empleados y obreros de The Santa Marta Railway Cº Ltd. y haberse negado esta empresa a pagarle la suma pedida por esos servicios. La compañía demandada niega que haya solicitado los servicios profesionales del demandante, en su calidad personal, y asevera que usa, para sus empleados y obreros, los servicios del departamento médico de la United Fruit Cº, con quien ha contratado tales servicios.

La sentencia recurrida se funda en lo siguiente: en que los servicios médicos prestados por el demandante Rivadeneira a los empleados de The Santa Marta Railway Cº lo fueron por cuenta de un tercero, o sea que la United Fruit Cº, y que "quienes le pedían los servicios médicos no al doctor Rivadeneira personalmente, sino al médico de la United Fruit Cº, como a tal, o al departamento médico de la United Fruit Cº, podían obligarse para con la United, no para con el doctor Rivadeneira, a no ser que la compañía mentada hubiera estipulado el pago a favor de éste, lo que ni explícita ni implícitamente aparece haber ocurrido aquí, ni ha sido base de la acción intentada".

Basado el Tribunal en los fundamentos de hecho acreditados en los autos, dedujo que, no estando demostrada ninguna relación jurídica entre el demandante, doctor Rivadeneira, y la compañía demandada, las pretensiones del actor no podían prosperar, y por eso confirmó la sentencia absolutoria de primer grado.

Planteadas así las cosas, y como en realidad todo depende en este juicio, de una cuestión de hecho, o sea la de saber si está acreditado que entre el demandante y la sociedad demandada hubiera existido alguna relación contractual, o algún otro acto de los que son fuente de obligaciones, es preciso en primer término examinar el recurso en cuanto a la impugnación hecha a la sentencia por error de hecho en la interpretación de las pruebas. Para que una acusación por este concepto pueda triunfar es necesario que el error de hecho sea manifiesto, lo cual quiere decir que esto tiene lugar cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen a través de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del mismo proceso.

El Tribunal se apoyó en todas las pruebas que figuran en autos y no solamente en las señaladas por el recurrente en el capítulo en que acusa la sentencia por error de hecho.

Que el doctor Rivadeneira fue empleado en el departamento médico de la United Fruit Cº, base de que parte la sentencia, es un hecho aceptado por ambas partes. El recurrente analiza las declaraciones de To-

más Brashaw, del superintendente del departamento médico de la United y de Jorge L. Gram, y después de ese análisis, dice que de esas declaraciones podría deducirse la existencia del contrato verbal entre la United y la Railway C° para la prestación de servicios médicos, por parte de una de ellas, la United Fruit C°, en favor de la otra, o sea The Santa Marta Railway C°; pero ni al gerente, ni al superintendente de la United Fruit C° les consta que el recurrente se hubiera comprometido a prestar servicios a los obreros y empleados del ferrocarril.

A esto se observa que el Tribunal no afirma que el doctor Rivadeneira, en virtud de su contrato con la United tuviera obligación, como derivación de su contrato de prestar sus servicios a los empleados de The Santa Marta Railway C° No, el Tribunal afirma que los servicios que prestó el doctor Rivadeneira a la sociedad demandada fueron por cuenta de un tercero, la United, quien si se los debe está obligada al pago, y afirma también que los servicios fueron pedidos no al doctor Rivadeneira personalmente, sino al médico de la United. Por esto se ve que no puede existir el error de hecho que apunta el demandante. Pasa lo mismo con las declaraciones de los médicos Alcibíades González y Julio Fontalvo, porque de ellos no dedujo el Tribunal, que puesto que estos médicos declarantes afirmaron que estaban obligados a prestar sus servicios a los empleados del ferrocarril de Santa Marta como médicos de la United Fruit C°, el recurrente estaba también obligado.

No se ve el error de hecho en la apreciación de las declaraciones a que se refiere el recurrente, en el punto e del capítulo que se estudia, porque éste conviene en que tales declarantes afirmaron que el demandante prestó sus servicios a los empleados del ferrocarril, cosa que no se discute; que lo mismo hacían los otros médicos de la United y que al prestarlos era en virtud de boletas dirigidas por el ferrocarril al departamento médico de la United Fruit C°, cosa que también está acreditada en los autos, y de ahí que por ese concepto tampoco haya error manifiesto en la apreciación de esa prueba Finalmente, se repite, que la sentencia acusada no afirma que por el hecho de estar timbradas las boletas con la leyenda o membrete de la United Fruit C°, el recurrente estaba en la obligación de prestar gratuitamente sus servicios a los empleados del ferrocarril de Santa Marta.

No prosperando, como no puede prosperar, el cargo por error de hecho, resulta: La compañía demandada no podía estar ligada ni obligada al recurrente sino por alguna de las fuentes que dan nacimiento a las obligaciones, según el artículo 1494 del C. C. No se ha probado el vínculo contractual entre la compañía demandada y el demandante; no es el caso de considerar ninguna obligación emanada de los cuasi-contratos, como tampoco el de una obligación que haya nacido de la ley, y en cuanto al enriquecimiento sin causa, se observa lo siguiente: a) que el doctor Rivadeneira era médico empleado de la United; b) que entre ésta y The Santa Marta Railway Co., existía un convenio en virtud del cual los médicos de aquélla prestaban a ésta sus servicios, como un contenido de las obligaciones de los médicos de la United; c) que los médicos de la United así interpretaban prácticamente su contrato, y d) que cuando el doctor Rivadeira prestó sus servicios a The Santa Marta Rail way Co. fue a virtud de solicitud escrita a The Santa Marta, dirigidaa la United, departamento Sanitario, no al doctor Rivadeneira personalmente.

Hay que concluir entonces que subsisten a favor de la compañía demandada las conclusiones de derecho del Tribunal, según las cuales los servicios se prestaron por cuenta de la United Fruit Co. y no de la entidad demandada. Para destruir esta posición de la parte demandada, al tenor del fallo, debían haberse desvirtuado esas cuestiones de hecho, demostrándose por el recurrente error evidente de hecho que cambiara esas bases en forma que diera lugar a la aplicación de otras reglas del derecho.

Si, pues, no se advierte una relación contractual entre el doctor Rivadeneira y The Santa Marta Railway Co. por una parte ni se advierte que los servicios prestados por el actor hubieran quedado sin remuneración, evento en que habría un enriquecimiento sin causa, no aparece demostrado ningún vínculo jurídico entre el demandante y la compañía demandada.

Resulta de lo anterior que los cargos hechos contra la sentencia, por interpretación errónea de los artículos 1507, 1622, 2144, 2149, 2150, 2184 numeral 3°, 1501 y 1621 del C. C. no pueden prosperar, porque si el recurrente demostró que hubiera habido una relación contractual entre The Santa Marta Railway Co. y el demandante, ni el Tribunal partió de la base de la existencia de esa convención, ni pudo haber por lo tanto desconocimiento de un contrato entre el demandante y la entidad demandada. Los artículos mencionados se refieren a las relaciones contractuales, las que no juegan papel ninguno en este juicio.

Sentado lo anterior la Corte entra a analizar los demás cargos de la demanda.

Acusa el recurrente la sentencia por interpretación errónea e indebida aplicación del artículo 1507 del C. C., por cuanto afirma que el sentenciador supuso que entre el demandante y el demandado medió un contrato de prestación de servicios para ser pagados por un tercero, o sea la United Fruit Co., y que ésta es una afirmación errada.

La Corte observa lo siguiente:

Es indudable que el demandante prestó sus servicios médicos a empleados y obreros del ferrocarril de Santa Marta, en los talleres que esta empresa tiene en la ciudad de Ciénaga. Por este aspecto la relación contractual se traduciría en el pago de esos servicios al demandante por la compañía demandada, pero surge en este pleito la siguiente cuestión fundamental, que debe estudiarse: el doctor Rivadeneira prestó sus servicios médicos a la empresa demandada, en su carácter personal, por llamamiento también personal que le hizo The Santa Marta Railway Co. o los prestó por orden de otra entidad: La United Fruit Co.

La sentencia acepta éste segundo extremo y tiene en cuenta las pruebas que obran a los folis 34 a 39 del cuaderno de pruebas del mismo demandante, pruebas que consisten en unas boletas o talonarios y en una serie de declaraciones. Esas boletas que son órdenes o solicitudes dirigidas por The Santa Marta Railway Co. al Departamento Médico de la United Fruit Co. no están dirigidas a ningún médico en particular y en cuanto a nombres sólo contienen los de los enfermos a quienes se debe atender. Los testigos Alejándro Castañeda, Carlos E. Jeaupp y Antonio Chona, están conformes en que con esas boletas pedían como empleados de The Santa Marta Railway Co, el envío de los médicos de la United Fruit Co. para que atendieran a los empleados y obreros del ferrocarril de Santa Marta y que el demandante doctor Rivadeneira atendió a esos obreros y empleados, como miembro del Departamento Médico de aquélla.

La compañía demandada negó que hubiera pedido los servicios profesionales y particulares del doctor Rivadeneira y manifestó que en virtud del contrato que tiene con la United Fruit Cº, ésta, a petición de The Santa Marta Railway Co., envía médicos que están bajo la dependencia de aquélla para que asistan a los enfermos, obreros y empleados de ésta.

De las boletas y declaraciones que acaban de citarse, el aserto de la compañía demandada queda evidenciado, pues de esas pruebas se ve claramente que la empresa demandada no llamó particularmente al doctor Rivadeneira, sino a un médico de los empleados en la United Fruit Co.

No aparece por otra parte que el demandante hubiera ajustado ningún arreglo con The Santa Marta Railway Co. para atenderle a sus empleados enfermos, ni que motu propio, hubiera prestado esos servicios; por el contrario, como ya se expresó, era en virtud de unas boletas dirigidas a los médicos de la United, no particularmente al doctor Rivadeneira.

Así, pues, por ninguno de los aspectos que se considere el asunto, pudo haber violación del artículo 1507 del C. C., y vale la pena observar que sí está demostrada en autos la existencia de un contrato verbal entre la United y The Santa Marta Railway Co., en virtud del cual la primera se compromete a que por sus médicos le sean prestados los servicios a los empleados de esta última empresa, y que el demandante fue empleado de la United Fruit Cº

El cargo que se estudia no es pues fundado.

Acusa el recurrente la sentencia como violatoria del artículo 1602 del C. C., pero a esta acusación observa la Corte:

a) La sentencia recurrida parte de la base de que Rivadeneira prestó sus servicios, por cuenta de un tercero, la United Fruit Co., y ese extremo está demostrado; b) si esa prestación no entraba dentro del contrato celebrado por Rivadeneira con la United, surge para el primero el derecho de exigirle el valor de esos servicios y para la segunda la obligación de pagárselos, lo cual no es materia de este pleito, y c) no estando comprobada la existencia de un contrato sobre prestación de servicios médicos entre The Santa Marta y el demandante, no existe, por este otro aspecto, violación del artículo 1602. El cargo no es pues fundado.

No puede haber violación del artículo 1619 del C. C., porque la sentencia se funda en que los servicios prestados por el demandante doctor Rivadeneira lo fueron por cuenta de un tercero, y no está basada en que tales servicios los prestó Rivadeneira como emanados de su contrato con la United Fruit Co., aunque sí es del caso observar que no tiene explicación el hecho de que el doctor Rivadenira prestara sus servicios al ferrocarril de Santa Marta mientras fue empleado de la United y que durante ese tiempo no

hubiera cobrado esos servicios a The Santa Marta Railway Co.

Respecto de la acusación por violación del artículo 2144 se observa que la sentencia no desconoce el valor de los servicios médicos prestados por el recurrente a la empresa demandada, sino que sostiene que tales servicios se prestaban por conducto de la United Fruit y por lo tanto la compañía demandada nada tiene que ver para el efecto del pago de esos servicios con el demandante. Puestas así las cosas no puede haber violación del artículo que acaba de citarse.

Tampoco encuentra la Corte violado el artículo 1621 del C. C., porque, se repite, la sentencia no parte de la base de que el demandado, en virtud de su contrato con la United, tuviera obligación, de prestar, por el solo imperio de ese contrato, sus servicios a la empresa del ferrocarril de Santa Marta, aunque sí es oportuno hacer saltar el siguiente hecho: está establecido en autos que los médicos de la United interpretaban la obligación de atender a los empleados del ferrocarril que acaba de citarse. El cargo de violación de los artículos 1501 y 1621, quedan refutados a juicio de la Corte por lo dicho en los apartes anteriores.

Los artículos 2152, 2150 y 2148 del C. C. que el recurrente cree violados por la sentencia, se refieren al mandato y nada tienen que ver con este juicio. Su infracción directa es, pues, imposible. No obstante, si de su cita quisiera deducirse que ha habido un enriquecimiento sin causa, por parte de la compañía demandada y un empobrecimiento por parte del demandante, por el concepto de haberle éste prestado sus servicios a aquélla, y no haber sido pagados por la compañía demandada, se observa lo siguiente: Este extremo no está demostrado en autos, porque de éstos se desprende que la United Fruit Cº pagaba los servicios médicos que prestaba a los empleados de la empresa demandada. Si pues la United no le ha pagado sus servicios al demandante, tiene acción para cobrárselos. El cargo no es, pues, fundado.

Acusa el recurrente la sentencia como violatoria del artículo 8º de la ley 153 de 1887 y desenvuelve así su pensamiento: "Alego este motivo, porque si el sentenciador estima que no es exactamente aplicable al caso del pleito, la disposición que ordena regular las reglas del mandato, los servicios de profesiones y carreras que suponen largos estudios, disposiciones que sí son aplicables, como se demostró anteriormente, entonces violó el fallo las reglas generales de derecho y especialmente aquella que dice que no es lícito enriquecerse injustamente, con daño de otro".

El cargo sería fundado si se negara que el doctor Rivadeneira tiene derecho a que se le paguen sus servicios prestados a los empleados del Ferrocarril de Santa Marta, caso de que tales servicios no hayan sido pagados. Pero semejante extremo no se sostiene en la demanda, ni la Corte podría admitirlo. Lo que se discute es quién debe pagar tales servicios al demandante, si la United Fruit o The Santa Marta Railway Cº, y en virtud de las pruebas presentadas por el mismo demandante se estableció que es la United a quien corresponde ese pago.

Si la United, pues, está obligada a tal pago, y no ha hecho tal prestación, es a dicha empresa y no a The Santa Marta Railway Cº a quien el doctor Rivadeneira ha debido demandar y por este respecto surge la excepción de falta de personería sustantiva del actor para demandar al ferrocarril. El cargo no es, pues, fundado.

En virtud de todo lo expuesto anteriormente, 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, no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, con fecha veintidós de marzo de mil novecientos treinta y cinco.

Sin costas en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

EL CONTRATO DE TRABAJO.—EL ORDEN PUBLICO INTERESADO EN ESTA CONVENCION. RESTRICCIONES A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN ESTA CLASE DE CONTRATOS. CUALIDADES EN EL TRABAJO HUMANO, LA PERSONAL Y LA NECESARIA.—LAS PENSIONES VITALICIAS POR CONCEPTO DE JUBILACION, QUE SEGUN EL ARTICULO 1º DE LA LEY 1ª DE 1932, DEBEN PAGAR LAS EMPRESAS FERROVIARIAS OFICIALES O PARTICULARES, NO PUEDEN SER RENUNCIADAS POR LOS AGRACIADOS, NI MATERIA DE CONVENCIONES ENTRE LAS PARTES, PARA DISMINUIRLAS

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

(Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón)

Carlos E. Jessup demandó a The Santa Marta Railway Cº Ltd., sociedad inglesa domiciliada en Londres y con negocios en Colombia, para que se la condenara a lo siguiente: a) a pagarle al demandante o a quien le suceda en sus obligaciones, una jubilación igual a noventa pesos mensuales, y con el carácter de vitalicia; b) a pagarle los daños y perjuicios que dice el demandante haber sufrido por no habérsele pagado oportunamente la jubilación, y c) a pagarle los gastos del juicio.

Los hechos de la demanda son tres: 1º haber servido a The Santa Marta Railway Cº Ltd. durante más de 20 años; 2º Ser mayor el demandante de 55 años; y 3º Carecer de rentas para sostenerse y de sueldo.

Apoyó el actor su demanda en el artículo 1º de la ley 1ª de 1932, que dice así, en su primer inciso: "Todo empleado y obrero de edad no inferior a 55 años, que haya servido por espacio de 20 años, continua o discontinuamente, a una empresa ferroviaria, oficial o particular, tiene derecho a que ésta le pague, en el caso de su retiro, una pensión mensual vitalicia de jubilación, según la escala siguiente".

Dicha ley, por mandato de su artículo 5º, entró a regir desde su sanción y fue sancionada en 13 de julio de 1932.

El Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de 10 de mayo de 1935, condenó a The Santa Marta Railway Cº a pagar al demandante Carlos E. Jessup, desde la fecha en que entabló la demanda, una jubilación mensual y vitalicia, de acuerdo con la tarifa que señala el inciso 2º de la ley 1ª de 1932, y decidió que no había lugar a hacer las demás condenaciones pedidas.

El apoderado de la compañía demandada recurrió de esta sentencia, recurso que pasa a decidirse.

La causal aducida por el recurrente es la señalada por el artículo 520 del C. J., consistente en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea.

La síntesis del recurso es la siguiente: Sostiene el recurrente que en virtud de la declaración firmada por Jessup a favor de The Santa Marta Railway Cº el 19 de julio de 1932, renunció el derecho a la jubilación puesto que recibió una suma, la de $ 2,500, a cuenta de ella, y que por lo tanto el Tribunal, al no aplicar al caso del pleito el artículo 15, sino el 16 del C. C., violó el primero directamente e indebidamente el segundo.

Además, sostiene el recurrente que hubo error de hecho por parte del Tribunal, en la apreciación del precitado documento.

La acusación a la sentencia está relacionada directamente con lo que la sentencia sostiene, que es lo siguiente: a) Que el documento de 19 de julio de 1932, no significa la renuncia a la pensión a que tenía derecho Jessup, y al respecto se expresa así: "Y en lo relativo a cualquier otro derecho que mire exclusivamente a su interés privado, pero en manera alguna tiene eficacia (el documento) en lo relativo a una jubilación, que es imperativo social y con la cual ni siquiera soñaron las partes, cuando por ellas se firmó el supredicho documento".

El Tribunal estimó que el derecho a una jubilación entra dentro del concepto de orden público, y que siendo eso así, la aplicación rigurosa era la del artículo 16 del C. C., lo cual quiere decir que ese derecho no podía renunciarse ni enajenarse. Que no siendo tal derecho de carácter meramente privado, particular, no puede aplicarse el artículo 15 del código citado.

La lectura atenta del documento de 19 de julio de 1932, deja a la Corte la impresión de una tendencia encaminada a incorporar dentro de la literatura jurídica nacional una terminología exótica, que obedece a principios y modalidades jurí[illegible] muy distintas

de las que informan el espíritu de los pueblos que, como el nuéstro, tienen una tradición latina. Y esta observación tiene más trascendencia de lo que a primera vista pudiera juzgarse, porque es bien sabido que el idioma de un pueblo, en todas sus manifestaciones, pero quizá principalmente concretada en fórmulas jurídicas, constituye uno de los elementos de su nacionalidad. La diferencia de modalidades y precisión de un idioma se exterioriza más que todo en su forma jurídica; de ahí la síntesis y claridad que predominan en las normas jurídicas francesas y en la exposición de sus comentadores, como también por regla general, en las normas y exposiciones en los idiomas principalmente romances y en los pueblos de tradiciones latinas.

Del documento mencionado se desprende que la renuncia que hizo Jessup, de cualquier reclamación o de cualquier derecho tuvo por causa el accidente que sufrió como empleado de The Santa Marta Railway C°, el 13 de febrero de 1932, y para llegar a esta conclusión la Corte observa que todas las renuncias que hace Jessup en ese documento están subordinadas a ese accidente, el cual se señala como causa de tales renuncias.

De modo que no se ve el error manifiesto que alega el recurrente.

Mas aunque esto no fuera así, aun suponiendo por hipótesis, que la renuncia se refiere al derecho a la jubilación que tenía Jessup, es necesario estudiar si podía o no hacer tal renuncia, si ese derecho entra o no dentro de la noción de orden público, para deducir, según el caso, si debió aplicarse o no por el Tribunal el artículo 16 del C. C.

La jubilación que reclama Jessup, consagrada por la ley primera de mil novecientos treinta y dos, es una consecuencia del contrato de trabajo, de donde es necesario hacer algunas consideraciones sobre este contrato.

La expresión contrato de trabajo no ha entrado en las legislaciones modernas, sino desde fecha relativamente reciente, y ni cuando se expidió el código francés, ni cuando se adoptaron los códigos chileno y colombiano, se tuvo en cuenta tal fenómeno jurídico, que hoy es de gran importancia. Unicamente se reglamentó el contrato de arrendamiento de servicios, pero con un criterio de convención de carácter extrictamente privado. Fue en 1890, por la ley 27 de diciembre de ese año, que el legislador francés [illegible] expresión de contrato de trabajo, y adicionó el artículo 1780 del código civil francés.

A esa adición siguieron varias leyes, hasta que en 1910, el 28 de diciembre, fue expedido en Francia el código del trabajo. Este movimiento legislativo, que obedece a causas sociales, cuya realidad es patente, ha sido seguido por casi todos los países, y en lo que atañe a Colombia, se encuentran, entre otras, las leyes 57 de 1915, 37 de 1921, 13 de 1929, 133 de 1931, 48 de 1930, 72 de 1926, 44 de 1929, 86 de 1923, 32 de 1922, 57 de 1926.

Mientras el trabajo no fue considerado sino como una cosa, concepto que primó en la antigüedad, porque el trabajo era generalmente suministrado por los esclavos; mientras no se tuvo en cuenta en el trabajo el factor persona, sino la fuerza del trabajo; mientras no se llegó a la organización de la grande industria que predomina desde fines del siglo diez y nueve, no se comprendió que el criterio escricto y de derecho privado que regía el contrato de arrendamiento de servicios, difería del que se llama contrato de trabajo, contrato que tiene hoy una individualidad propia, distinta de los otros contratos de derecho privado y que es necesario considerar como tál y por eso se le ha dado ese nombre especial.

El contrato de trabajo, del que vive la mayoría de los hombres, forma la base de la organización actual, económica e industrial, y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud, como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutido hoy, o sea la intervención del Estado no sólo en la reglamentación sino hasta en la ejecución de ese contrato, lo cual pone de manifiesto que no puede considerarse como un mero contrato de derecho privado. Y esa intervención no tiene lugar, por un concepto meramente particular, de protección al obrero, porque también protege al industrial y al patrono, sino por un concepto de interés social, porque la sociedad está interesada no sólo en lo que atañe a la producción, sino en lo que se refiere a los conceptos de salubridad, moralidad, higiene y de justicia social que ampare a todos.

De ahí que patrones y obreros no sean absolutamente libres para fijar las horas de trabajo, y que el mismo Estado intervenga para ese fin, hasta modificando y reformando los pactos sobre el particular; de ahí la prohibición terminante de esa clase de contratos, a perpetuidad. Las condiciones que por concepto de higiene y moralidad fija el legislador y a que no pueden renunciar los obreros, ni pueden desconocer los pa-

trones, y la misma limitación o restricción de la capacidad para celebrar esos contratos, como en lo que se refiere al trabajo de las mujeres y de los niños.

Todo lo anterior hace ver que el concepto de trabajo entra dentro del concepto, que no puede definirse pero sí puede señalarse, de orden público, el cual comprende no sólo todo lo que constituye el régimen político del país, lo que reglamenta la organización de las atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, sino también todas las normas jurídicas, fundadas en una consideración de interés general, en que se encuentran comprometidos los mismos intereses particulares; por eso las mismas leyes de derecho privado pueden interesar al orden público, como las que reglamentan la capacidad de las personas, y las que conciernen a la organización y trasmisión de la propiedad privada.

El contrato de trabajo, dada su categoría especial, su misma naturaleza, tiene ciertas consecuencias que no se deducen de otras convenciones, y una de ellas es la que en ciertas condiciones y mediante el cumplimiento de ciertas circunstancias, constituídas por el tiempo, y la buena conducta, nace al terminarse el contrato y por el hecho de la misma terminación, una vinculación jurídica entre la empresa o el patrón y el obrero, y esto es lo que da nacimiento a las pensiones y jubilaciones.

Varios son los fundamentos filosóficos y jurídicos de esa relación, a saber: en el trabajo humano hay dos cualidades que son la personal y la necesaria; la personal porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona, propia de ésta y para su utilidad; la necesaria, porque del fruto de su trabajo necesita el hombre no sólo para subsistir, sino también para la subsistencia de las personas a quienes por la ley, o por la moral debe sostener. Siendo imposible el trabajo indefinido del hombre, por agotamiento de sus fuerzas materiales o intelectuales, resulta que perdida la cualidad personal del trabajo, subsiste la otra, de donde se desprende que teniendo obligación el obrero o empleado de sostenerse y de sostener a los suyos, quedaría eliminada la segunda cualidad, si terminado el contrato de trabajo por la extinsión de la primera cualidad apuntada, no quedara una vinculación jurídica que se traduce en una obligación entre la empresa o el patrón y el obrero o empleado, que por un largo lapso llevó su esfuerzo personal a la empresa o fábrica que se aprovechó de él, y entonces, por un principio de equidad y porque subsiste la segunda cualidad mencionada, surge el concepto de pensión o jubilación para el empleado u obrero.

Pero hay más, es la sociedad, es el mismo Estado los que están interesados en el reconocimiento y efectividad de esas pensiones, desde luego que incapacitado el trabajador o el empleado para seguir trabajando, está en incapacidad para sostenerse y sostener a los suyos, y no pudiendo ni el Estado ni la sociedad permanecer indiferentes ante semejante situación, los conceptos de caridad o de asistencia pública tienen que exteriorizarse para dar protección y sostener a esos desvalidos, lo cual se traduce en una carga más para los particulares, para la sociedad y para el Estado.

Enfocadas así las cosas, se comprende que el derecho a la jubilación no puede entrar dentro de la categoría de los derechos privados, de que trata el artículo 15 del C. C., porque el derecho a una jubilación no mira únicamente al interés particular, sino al interés de terceros, como son las personas a quienes tiene que sostener el empleado y el obrero y también al interés social.

Siendo así las cosas, ese derecho entra dentro de la categoría establecida por el artículo 16 del C. C., y así lo estimó el Tribunal fallador, por donde la Corte concluye que no hubo indebida aplicación de ese artículo, ni falta de aplicación del artículo 15 del C. C., o sea que la acusación contra la sentencia no puede prosperar.

En la audiencia el vocero del recurrente partiendo de la base de que existe un orden público primario y otro secundario, sostuvo en síntesis que éste puede renunciarse y que el derecho a la jubilación pertenece a dicho orden.

Para sustentar su tesis se expresa así: "Pero no se puede decir exactamente lo mismo de las disposiciones de orden público secundario, porque refiriéndose a ésta a la forma, al modo de ser, al equilibrio de las cosas, y cambiando como paulatinamente cambian esas formas, esos modos de ser y ese equilibrio, en el tiempo y en el espacio, es claro que todo esto no puede desaparecer como por ensalmo sin dejar huella, pero no es menos cierto que debe y puede trasformarse y reemplazarse o sustituírse a medida que el progreso y la necesidad de adaptación lo impongan.

A lo anterior observa la Corte lo siguiente:

Existiendo el hecho real de la organización industrial y económica actual y existiendo normas legales que reglamentan esa organización mientras el hecho social y el

hecho jurídico sean tales como hoy existen, las relaciones entre patrones y obreros y los derechos de éstos regulados por el legislador, no pueden considerarse como de un orden público secundario, porque refluyen y están refluyendo permanentemente sobre la sociedad. Sería otra cosa si cambiara la forma de esa organización en tiempo posterior, lo que tendría que traducirse en nuevas normas para ese nuevo orden futuro. Y este criterio es el mismo que ha tenido el legislador y por eso al artículo 19 de la ley décima de 134 dice que las garantías concedidas por esta ley a los empleados, no podrán renunciarse en ninguna forma.

La Corte no aplica en este fallo esa ley, que es posterior a la demanda, pero sí hace ver, que el criterio en que se informa el legislador es el mismo que sostiene en este fallo.

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

Las costas del recurso son de cargo de la parte demandada.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JUAN FRANCISCO MUJICA

Los considerandos filosóficos que ha expuesto la Corte, para fundar la decisión de esta sentencia, se hallan totalmente distanciados de las doctrinas que informan mi criterio al respecto. Cuando la Revolución Francesa, surgió por primera vez a la vida del derecho, el sistema de la igualdad jurídico-formal, como consecuencia del triunfo de los objetivos perseguidos por la burguesía, igualdad que disfraza y profundiza la real desigualdad social y económica de las personas. El trabajo fue libre, dijo Barboux, pero el trabajador quedó abandonado a sí mismo, entregado a todo el rigor de la concurrencia, condenado al aislamiento obligatorio, y anclado a la esclavitud de una libertad muy absoluta para su ignorancia, demasiado pesada para su debilidad.

Fueron necesarios todos los efectos del desarrollo del capitalismo subsiguiente a aquella época, para que adquiriese conciencia el proletario de que en su aislamiento individual nada podía y por lo tanto, de que únicamente con su clase le era posible elevarse y caer.

A su turno y como consecuencia igualmente de la evolución de la economía libre a la organizada, que vino impuesta al capitalista por la necesidad de regular la producción y distribución de sus mercancías, por medio de convenciones tendientes a aminorar los resultados perjudiciales para sus intereses de la competencia, adquirió aquél la conciencia de que él también se hallaba socialmente ligado.

La lucha de clases, producto del sistema económico imperante, es la que ha hecho surgir la noción del derecho social, el cual no es fruto de una concesión graciosa de las clases privilegiadas ni efecto de la práctica humillante de la caridad, sin renocimiento por su parte de una calidad jurídica arrancado a ellas por la violencia unida de la clase dominada.

De ahí que el derecho social no signifique el que provee a la seguridad y al bienestar de los que son económicamente débiles, sino que reposa sobre una modificación estructural de todo el pensamiento jurídico.

Aquellas fórmulas jurídicas consagradas cuando la Revolución Francesa, según las cuales todas las personas son libres e iguales, consideran a éstas disociadas y les reconocen igual libertad de contratar, cedieron ante la realidad jurídica que en vez de la igualdad y libertad, base del derecho individual, puso en vigencia la idea de ecuación, soporte del derecho social. Porque la libertad abstracta preconizada primitivamente, no existe sino en forma de coacción aprovechada por los que son económicamente fuertes y de avasallamiento para los que son económicamente débiles y porque los individuos se hallan permanentemente vinculados por lazos sociales.

El derecho social contempla, pues, al hombre completo y socializado, y no a la persona sin individualidad aislada en un plano irreal, despojado de todas sus características específicas. Para el derecho social lo que exsite es el patrón y el asalariado, el empresario y el empleado; en síntesis, el concreto estado de poderío o de debilidad económicos y sociales de los individuos.

Es indudable que con el derecho social se inicia el período que empezamos a vivir en la época presente, de la síntesis que sobre todas las ramas del derecho se opera, de la tesis individualista y de la antítesis socialista.

Al dominio del derecho social, pertenecen hoy sin discusión alguna, los campos jurídicos del derecho obrero y del derecho económico.

Doctrinariamente se reconoce, por ahora, a la legislación del trabajo tres objetivos esenciales: "1º.—Para asegurar a ambas partes contratantes, en el contrato del trabajo, las libertades indispensables para que dscutan las condiciones de éste sobre un mismo pie de igualdad; 2º.—Restringir en ese contrato la autonomía de las voluntades contratantes, a fin de asegurar, más completamente de lo que podría hacerlo el libre juego de aquellas voluntades, la justicia de una parte, y de otra parte la higiene, la seguridad y la moralidad de los asalariados; 3º.—Proponer y aun imponer a los asalariados un empleo provechoso y previsor de sus salarios".

Apoyado en las anteriores consideraciones, para mí no es, por consiguiente, el resultado de la división escolástica del trabajo humano en sus dos cualidades de personal y necesario, lo que explica la bondad de la norma legal en la cual subsumió este caso la Corte, ni tampoco, como ella lo sugiere, la imposibilidad moral, por móviles de caridad y de beneficencia, de que el legislador permaneciera idiferente ante ciertas situaciones de falta de protección a los desvalidos, ni menos aún, por sentimientos egoístas, que persiguen evitar cuantas veces sea posible la carga social de sostener al desamparado.

Esa norma es sencillamente el resultado impuesto al legislador por el esfuerzo unido y victorioso de los asalariados, a quienes de esa manera se les reconoce su derecho a la devolución de parte del valor de su trabajo que en forma de plusvalía ha retenido el empresario.

El Estado, al aplicar el derecho social, uno de cuyos actuales objetivos trascribí, se inspira en la justicia distributiva y no en la conmutativa, a fin de amoldarse a la forma y a la realidad jurídica de aquel derecho.

De ahí que el Estado, en este caso por medio de su órgano judicial, debe contemplar a cada una de las partes en su verdadera situación de poderío o de debilidad social y tomar en consideración tales circunstancias para proteger al débil y para limitar el exceso de poder del fuerte, porque en la justicia distributiva no entra en juego ya el punto de vista nivelador o igualitario sino el concepto de proporcionalidad.

Las partes no se hallan equiparadas una a otra, sus relaciones no son de coordinación sino de subordinación y supraordenación. A causa de lo cual los vínculos jurídicos que anudan los contratantes con ocasión de negocios regidos por el derecho social, el Estado deja de ser un tercero para convertirse en interesado principal de la relación jurídica, como parte llamada a imponer las cargas, distribuír las ventajas y contener o suprimir los derechos que no sean ejercidos conformes a los deberes.

Las doctrinas sociales de los Papas León XIII y Pío IX, que son las acogidas en la sentencia, desvirtúan el fundamento, la forma, el contenido y el fin del derecho social, tal como lo he procurado sintetizar.

En efecto, la Iglesia Católica, según sus doctores, es una institución divina, sea en su sentido religioso en su sentido jurídico, por cuyo motivo Verbo o Espíritu, Oficio y Derecho siempre están unidos entre sí.

Ahora bien, concetúo que tal derecho nació en la época feudal y se construyó sobre una ordenación jerárquica y autoritaria, hoy anacrónica. Para poder actualizar ese Derecho, imodificable dado el origen que le atribuyen los expositores católicos, la Iglesia recurre a la virtud de la caridad en equívoco trance de función social.

Por razón de lo manifestado, salvo mi voto sólo en lo tocante a la parte pertinente de los considerandos de la sentencia y reafirmó mi conformidad con la resuelto en ella.

Bogotá, mayo veinticinco de mil novecientos treinta y seis.

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN RECURSO DE CASACION

Como la providencia por la cual se decreta o niega la oposición a un juicio divisorio de bienes comunes se estudia como auto interlocutorio ante el Tribunal, de conformidad con el artículo 1141 del Código Judicial, el recurso de casación intentado contra el auto del Tribunal en este caso no es susceptible de ser considerado en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre veintidós de mil novecientos treinta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Naturaleza del pleito

El hoy recurrente Bernardino Roa demandó, en asocio de Francisco A. Figueroa, el 4 de noviembre de 1927, ante el Juzgado 2º del Circuito de Cali, la división material del predio conocido con los nombres de "Aguablanca", "Salinas" y "El Llano de la Ciudad de Cali", mediante el procedimiento que se establece en el Capítulo IV del Título XI del Libro II del Código Judicial derogado.

Los demandantes indicaron como condueños a las personas naturales que el libelo designa y al Municipio de Cali.

Motivos

Por la circunstancia de que durante este pleito, como se verá luégo, ha habido dos legislaciones sucesivas reguladoras del procedimiento civil, y a causa de la naturaleza de la acción incoada, se hace necesario considerar ante todo la competencia de la Corte para conocer de este asunto, problema suscitado por el conflicto en el tiempo de los dos cuerpos de normas procedimentales que sucesivamente reglamentaron el litigio.

Debido a que la mayor parte de los demandados se opusieron a la demanda, el Juzgado ordenó, el 28 de febrero de 1931, que se siguiera un juicio ordinario por todos sus trámites, de acuerdo con el artículo 1297 del Código Judicial vigente ese día. (Cuaderno 1, folio 137 vuelto).

El 13 de septiembre de 1932, el Juzgado decretó la división solicitada. (Cuaderno 1, folios 149 vuelto, 150 y 151).

Contra esa providencia, algunos de los demandados oportunamente interpusieron recurso de apelación, el cual les fue concedido. Cuando el expediente, por tal motivo, llegó a conocimiento del Tribunal Superior de Cali, éste dio al juicio la tramitación prevenida para la segunda instancia de un juicio ordinario en el Parágrafo 2º del Capítulo II del Título XVIII del Libro II del actual Código Judicial.

El Tribunal con fecha 20 de abril de 1934, falló en el sentido de revocar la decisión del inferior y negó en su lugar la división material demandada.

Se observa, pues, que tanto la providencia final del Juzgado, como la del Tribunal Superior, fueron dictadas bajo la vigencia del actual Código Judicial, y además, que el recurso de apelación se tramitó conforme se establece en esta obra para la segunda instancia de los juicios ordinarios de mayor cuantía.

Es claro que los referidos órganos jurisdiccionales profirieron sus sentencias cuando estaba vigente una ley que regulaba en parte esencial, de manera distinta a la derogada, las tramitaciones, tanto de los juicios de división de bienes comunes, como los de los recursos concedidos contra las consiguientes decisiones.

El proceso es un hecho jurídico complejo producido por una serie de actos que se realizan en diferentes intervalos y que se llevan a cabo, ya por las partes, bien por el órgano público. De ahí el doble aspecto de un proceso civil: formal en cuanto es realización de la norma adjetiva o ritualria que acondiciona las distintas actividades dichas, para alcanzar la finalidad perseguida; substancial, en cuanto el desarrollo de esas actividades ha conducido a la realización de todos los derechos subjetivos incoados, sea que ellos provengan de la realización inmediata de la relación jurídico-procesal, o directamente de la acción sustantiva ejercitada.

Por este motivo es muy importante la distinción que se hace entre los actos o los hechos de las partes, de un lado, y de otro, las actividades propias del Juez. Los primeros son gobernados por la ley vigente el día que se realizaron; las segundas están sujetas a las normas de derecho público sucesivas, hasta el día en que la sentencia haya puesto fin al proceso.

Cuando el Juez adoptó para el juicio actual el procedimiento ordinario y ordenó abrirlo a prueba, actuaba bajo el imperio legal del Código Judicial hoy derogado, que así lo disponía. Los actos llevados a cabo por las partes en cumplimiento de esa providencia, son inobjetables, y debían surtir todos sus efectos, aun cuando en el momento de entrar a regir el actual Código Judicial todavía no estuviera vencido el plazo para aducir las pruebas. (Artículo 1228 ibídem).

No acontece lo mismo con las sentencias dictadas por el Juez y el Tribunal. Estas, en cuanto a su forma, sus efectos y la autoridad legal de que quedan revestidas, se rigen por el artículo 1141 de la ley 105 de 1931. La sentencia es el acto procedimental asignado por excelencia al Juez. La actividad de éste encuentra precisamente su término en la sentencia. En sistemas procedimentales como el nuestro, el Juez, para la preparación de los elementos que han de fundamentar su fallo, no tiene iniciativa propia de importancia, pero le está reservado, como función específica la decisión final.

Sería un error invocar la circunstancia de que la relación jurídico-procesal se estableció aquí cuando la vigencia del Código Judicial derogado. La Corte en su sentencia del 27 de agosto de 1935, hizo un análisis de esa relación y le negó el carácter de contrato o cuasi-contrato.

Además, es necesario no confundir, porque son cosas radicalmente distintas, la acción como poder para amparar y garantizar derechos subjetivos y las reglas o formalidades procesales establecidas para su ejercicio. (Artículo 40 de la ley 153 de 1887).

En el primer sentido, la acción, que es por su naturaleza autónoma e independiente del derecho subjetivo al cual inhiere, mira el fondo mismo de éste, y por lo tanto, obedece a las mismas reglas relativas al derecho privado, o sea las vigentes en el momento de crearse la correspondiente situación jurídica. En el segundo sentido, la acción queda sometida a la actuación inmediata de la ley nueva.

La razón en virtud de la cual una ley posterior no puede reformar las condiciones o los efectos de un fallo pronunciado bajo la vigencia de una ley que después se ha derogado, es la de que la sentencia precisamente pone fin a la actividad del Juez, como expresión que aquélla es de ésta.

Y no sería verdad que el fallo termine el litigio, si una ley nueva pudiese reformar las condiciones o los efectos de aquél.

El juicio de división de bienes comunes, tanto en el procedimiento antiguo como en el actual, tiene dos momentos perfectamente definidos y distintos. En el primero, el Juez decide si conforme a lo dispuesto en el Código Civil, decreta o no la división. En el segundo momento, el Juez aprueba o imprueba la partición.

Al primero de los momentos dichos, ambos códigos han dado tramitación diferente. El derogado no exigía la prueba, con la demanda, de la calidad de comunero, y ordenaba, en caso de oposición, tramitar ésta como juicio ordinario. La sentencia que decidía esta cuestión producía los efectos prevenidos en el artículo 831 de esa obra. El vigente establece un procedimiento especial para el caso de oposición y a la providencia que lo resuelve le da expresamente el carácter de auto interlocutorio. "El recurso de apelación contra el auto del Juez que decreta o deniega la división, se sustancia por el superior como de auto interlocutorio, y se falla por éste en Sala de Decisión, si es un Tribunal".

En este pleito, el Juez 2º del Circuito de Cali, manifestó en su fallo que los efectos de éste se regulaban por las normas del Código Judicial derogado, a causa de la tramitación como de juicio ordinario dada al asunto. El Tribunal Superior de Cali actuó la apelación de la providencia considerándola como si hubiera puesto fin a la primera instancia de un juicio ordinario. Las partes no objetaron en forma alguna esas actuaciones.

Esos antecedentes no bastan para que la Corte pueda dar a la providencia acusada alcance distinto del prevenido en el artículo 1141, transcrito antes.

En efecto, la ley procesal, en cuanto regula las formas de los juicios y los efectos jurídicos de los actos procedimentales, siempre es de orden público, y por consiguiente tiene un carácter absoluto, inmediato y obligatorio. No existen entre nosotros juicios convencionales, esto es, juicios en los cuales tanto el Juez como las partes puedan gobernar a su capricho la actuación y determinar contractualmente los efectos de los actos procesales. Este principio no obsta para que en casos particulares, pero siempre en virtud de disposición expresa de la ley, las partes tengan facultad para separarse de la observancia de una norma procesal, o para, consensualmente, acordar lo contrario a una regla dispositiva proce-

sal; v. g., prorrogar un término no perentorio.

Según el artículo 734 del Código Judicial, el procedimiento ordinario 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. El actual pleito se inició por la vía que el Código Judicial derogado tenía establecida para la división material de bienes comunes. La tramitación de juicio ordinario, que en cierto estado del proceso se siguió dando a éste, no significa que el acto jurisdiccional que decidió la oposición tenga la fuerza que expresamente le daba el artículo 1297 del código anterior, porque, a causa de todas las razones expuestas, los efectos, la forma y la autoridad legal de la providencia que puso término a la oposición, se regula por el artículo 1141 del Código Judicial actual, que era el vigente el día que se profirió.

Consecuencialmente es también la ley vigente el día que la sentencia se pronunció, o sea, en este caso, la ley 105 de 1931, la competente para definir los recursos de que el fallo es susceptible, en virtud de que la admisibilidad de un recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma.

El ordinal 2º del artículo 519 del Código Judicial, abre la vía del recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, entre otras, que no son pertinentes, a las siguientes que sí lo son: las pronunciadas en juicios ordinarios o que asuman ese carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes.

Se ha demostrado que no cambia la naturaleza de auto interlocutorio dada por el artículo 1141 del Código Judicial a la providencia que en este pleito dictó el Tribunal, por el hecho de haber sido ella culminación de un procedimiento ilegal, y que el juicio de división de bienes comunes nunca asume el carácter de juicio ordinario bajo el imperio de la ley 105 de 1931. Por lo tanto la providencia acusada carece de las características procesales necesarias para poder ser considerada en casación.

Ahora bien. El artículo 148 del Código Judicial define como usurpación de jurisdicción la falta de competencia para conocer del asunto, y además la ley sanciona con la nulidad del juicio la incompetencia de jurisdicción, la cual es improrrogable en este caso. En la secuela del presente recurso, la Corte ha incurrido en esa nulidad.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º No es susceptible de ser considerado en casación, por falta de jurisdicción de la Corte para ello, el auto que el 20 de abril de 1934 pronunció el Tribunal Superior de Cali en este juicio especial de división material de bienes comunes;

2º Declárase nulo todo lo actuado en el recurso, y, en consecuencia;

3º Las costas que haya erogado el opositor por razón del recurso, son de cargo, por mitad, de los magistrados que suscribieron el auto de admisibilidad del mismo y del recurrente. Tásense.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Edmundo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.



SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EDUARDO ZULETA ANGEL

Al tenor del artículo 519 del Código Judicial, "con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional, pueden ser acusadas por medio del recurso de casación las siguientes sentencias... 1º Las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter".

Es así que el presente juicio, con anuencia de las partes, se siguió por todos los trámites de la vía ordinaria, luego la sentencia de segunda instancia que en él se dictó es de esas a que se refiere el expresado artículo 519, cuando dice: "las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter", y en consecuencia es obvio que puede ser acusada por medio del recurso de casación.

Contra ese silogismo, tan claro como concluyente, mis distinguidos colegas, durante las largas deliberaciones a que dio ocasión en la Sala este negocio, hicieron diversas consideraciones que, debidamente analizadas, vinieron a quedar concretadas en estos dos únicos argumentos:

a)—Ni la voluntad de las partes, ni la del Juez, ni el acuerdo de éste y aquéllas, eran bastantes para poder seguir válidamente como juicio ordinario, una vez expedido el nuevo Código Judicial, el presente litigio de división, porque dicho código nuevo, a diferencia del anterior, en los artículos 1134 y siguientes, señaló, para los juicios divisorios, un procedimiento especial al cual necesariamente ha debido ajustarse la tramitación, sin que fuera posible para las partes el escoger entre ese procedimiento especial y el ordinario.

b)—Cuando el artículo 519 habla de "sentencias" pronunciadas en juicios ordinarios o que "asuman ese carácter", hay que distinguir entre las sentencias dictadas en los juicios que necesariamente se tenían que seguir y se siguieron como ordinarios y aquellas dictadas en juicios que se han seguido como ordinarios a pesar de versar sobre conflictos que tienen señalado un trámite especial, porque en estos últimos, como anota la sentencia, dízque no cambia la naturaleza de ésta, por el hecho de haberse seguido el pleito como ordinario.

Con respecto al primero de dichos argumentos, basta observar que no se ve cómo y por qué no puedan las partes y el Juez, de acuerdo, emplear los trámites del juicio ordinario, dentro de la vigencia del actual Código Judicial, para un juicio divisorio, por el hecho de que tal código señale un procedimiento especial más breve para los juicios divisorios. El juicio ordinario no será en tales casos necesario, pero sí posible, por la sencilla razón de que es más amplio y más comprensivo, y abarca y encierra, como quien dice, todas las formas y trámites del juicio especial y además otras conducentes a obtener la plenitud de los medios procesales de ataque y defensa. Y si el juicio ordinario era posible y se siguió por voluntad de las partes y del Juez, cómo y de qué manera y con qué fundamento puede afirmarse que la sentencia del Tribunal no fue pronunciada en juicio ordinario?

En cuanto al segundo argumento, no comprendo en qué pueda fundarse, dentro de nuestro sistema de casación, esa distinción que ni la ley hace, ni la finalidad de la casación permite hacer, ni se compagina con la necesaria relación que hay—especialmente dentro de nuestro derecho positivo—entre el procedimiento, especial u ordinario, que se haya seguido en un juicio, y el rechazo o la admisibilidad del recurso. Si el fin de la casación es uniformar la jurisprudencia; si la ley no sólo admite el recurso contra las sentencias dictadas en los juicios ordinarios sino también con respecto a los fallos pronunciados en los juicios que "asuman" el carácter de ordinarios; si es obvio que a lo que nuestra ley atiende para admitir la casación de una sentencia es a que ésta constituya la culminación de un proceso ventilado con toda la plenitud de los trámites del juicio ordinario, cualquiera que sea la naturaleza de la cuestión que allí se haya ventilado; si el código, para enumerar las sentencias contra las cuales es posible la casación no atendió ni al criterio de la cosa juzgada, ni a la naturaleza misma de la cuestión controvertida, sino tan sólo a la naturaleza del procedimiento mediante el cual se llegó a la sentencia respectiva; si todo ello es sí, como lo es, qué fundamento puede tener la distinción que se propone, a qué finalidad jurídica responde ella, de qué modo se la puede compaginar con el fin mismo del recurso de casación?

Analizados así los dos argumentos con los cuales se ha pretendido—en vano, a mi juicio—refutar el silogismo que desde un prin-

cipio formulé contra el proyecto de mi distinguido y muy erudito colega doctor Mújica, estimo procedente consagrar a continuación, en forma brevísima, algunas otras de las consideraciones que me impidieron darle el voto afirmativo al referido proyecto;

a)—Cualquiera que sea la denominación y forma técnicas que se empleen para ello, lo que la Corte va a hacer es lisa y llanamente revocar un auto ejecutoriado, que es ley del proceso: el auto de admisión de la demanda, por medio del cual se resolvió, en Sala, que sí había lugar a recurso de casación contra la sentencia que ahora se considera como no susceptible de tal recurso;

b)—En mi sentir—y de conformidad con este criterio he tratado invariablemente de obrar en la Corte—para cumplir los altos fines de ésta, es menester no dejar de avocar los problemas de fondo sino cuando real y positivamente haya para ello un obstáculo insuperable en la ley, y en el caso presente, por más que he tratado de captar el sentido de los razonamientos de mis distinguidos colegas, no he podido encontrar ese obstáculo para avocar el problema de fondo;

c)—Establecido por el legislador como "fin principal" de la casación el de unificar la jurisprudencia, estimo que debe ser amplio y comprensivo el criterio de la Corte para la admisibilidad de los recursos y que contra ese criterio no pueden ni deben prevalecer razonamientos como el de que un artículo del código llama autos y no sentencia el fallo que se dicta en los juicios divisorios que se sigan conforme al trámite de los artículos 1134 y siguientes del C. J., pues en el caso de que tal razonamiento tuviera alguna aplicabilidad—que no la tiene—al presente caso, en que el juicio no se siguió de acuerdo con tales trámites sino mediante los del juicio ordinario, quizá no sería inoportuno recordar que si algo caracteriza la moderna doctrina es la de no ver en cada frase legal "un oracle dont les moindres mots et les moindres virgerles appellent un sort definitf".

Por todo lo cual—y después de dejar explícita constancia de que en éste, como en todos los casos, mis distinguidos colegas no omitieron esfuerzo alguno en el sentido de realizar el único y exclusivo propósito que siempre los anima, que es el de acertar—salvo mi voto.

Eduardo Zuleta Angel



RECURSO DE REPOSICION

Las resoluciones ejecutoriadas, exceptuadas las sentencias, no vinculan al Juez cuando quedan desligadas del conjunto totalitario del procedimiento, en cuanto los efectos de ella mal pueden tender a la consecución del acto jurisdiccional que ha de constituir el fin del proceso, rompiendo, por lo tanto, su unidad. Sólo tienen efecto retroactivo las resoluciones que decretan la nulidad de lo actuado. En consecuencia, el Juez no puede, de oficio ni a petición de parte, revocar, modificar o alterar un auto ejecutoriado (salvo si se decreta la nulidad de la actuación), no a causa de que por su ejecutoria se convierta en ley del proceso, sino porque el procedimiento es una relación en movimiento, integrada por una sucesión de actos encaminados a la obtención ya dicha de un acto jurisdiccional, el cual es al mismo tiempo fin del proceso y estructura de éste. Así como el contrato no es ley para las partes sino cuando su estructura se conforma a las prescripciones del Código Civil, las resoluciones judiciales ejecutoriadas, con excepción de la sentencia, no podrían ser ley del proceso sino en tanto que se amoldaran al marco totalitario del procedimiento que las prescribe. La providencia que admite o rechaza el recurso de casación no es sentencia; ella no vincula a la Corte y es susceptible de reposición antes de su ejecutoria y de ser anulada de oficio en cualquier momento. Esa providencia es simplemente un auto interlocutorio. En nuestro sistema preclusivo la ejecutoria de un auto que niega la admisión del recurso de casación, cerrando ese período o jornada, deja definitivamente fallado el punto y el proceso, a causa de lo dispuesto en el artículo 467 C. J. Pero ejecutoriado el auto que admite el recurso, auto que nunca tiene fuerza de sentencia, mal puede vincular a la Corte al decidir la casación, si aquel auto fue dictado ilegalmente, porque entonces su efecto no contribuye a la relación armónica del recurso extraordinario, en el sentido de que todos los actos que constituyen éste deben dirigirse a lograr una decisión final que establezca la inteligencia de la norma que se aplicó por el Tribunal a la sentencia acusada, cuando ésta es susceptible de ser sometida al recurso. El error de admitir el recurso de casación no puede producir el extraño resultado de crear para la Corte una competencia de que carece.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, diciembre diez y siete de mil novecientos treinta y cinco. (1).

(Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica).

El señor abogado de la parte recurrente interpuso recurso de reposición contra la providencia que en este juicio ordinario pronunció la Corte el 22 de octubre de 1935.

Se expresa así, en síntesis, el memorialista: a)—La providencia aludida no es sentencia, porque no decide sobre la controversia ni sobre la casación demandada. Esa decisión se refiere a cuestiones de puro procedimiento, no obstante que el recurso de casación había sido admitido y se esperaba por las partes que fuera resuelto en el fondo. De ahí que se trate de un simple auto interlocutorio; b)—De acuerdo con el tecnicismo del auto reclamado, es necesario observar que el procedimiento de casación tiene dos momentos, el primero de los cuales se refiere a la admisión del recurso, versa "sobre un punto de previo pronunciamiento, y en rigor o en principio, pudiera ser atribuído a una Sala distinta a la llamada a asumir, llegado el caso, el conocimiento del debate propiamente dicho". La circunstancia de que un mismo órgano conozca de ambos momentos del recurso de casación, no obsta para que se consideren las dos actuaciones fundamentales en que se divide, como si correspondieran a dos jurisdicciones distintas por su objeto. Lo cual lo demuestra el hecho de que una Sala podría conocer de la admisión del recurso y otra distinta fallar la casación propiamente dicha. De esto se concluye que lógicamente no puede la Sala que conoce del fondo del recurso revisar lo decidido por la que lo admitió. Esta última Sala "es soberana en su decisión, sea que admita o no el recurso"; c)—Cerrado el debate sobre la admisibilidad del recurso, la jurisdicción de la Corte quedó limitada a fallar sobre las causales de casación alegadas. La decisión sui géneris de que "la sentencia del Tribunal no es de las que están sujetas a casación y declarando, como consecuencia, nulo todo lo actuado en el recurso, no tiene antecedentes en la jurisdicción de la Corte". En adelante

(1) La presente sentencia es complemento de la de fecha octubre 22 de 1935.

las cuestiones referentes a la admisibilidad del recurso, serán estudiadas dos veces: En el pertinente momento procesal y cuando se dicta la sentencia de fondo. Semejante sistema conduce a que la primera decisión sea tan sólo provisional, contra la intención de la ley, al tenor de lo explicado por la comisión revisora en el pasaje que comenta el Art. 529. Además, "el personal de Magistrados que intervinieron en la primera ocasión, queda sujeto al pago de costas, si un nuevo personal, con criterio distinto, decide posteriormente que el recurso no ha debido admitirse"; d)—Acontece aquí que el auto de admisión del recurso es ley del proceso, con fuerza, que no puede desconocerse, de cosa juzgada sobre el particular; e)—El juicio asumió el carácter de ordinario desde el comienzo de la controversia, cuando el Juzgado lo dispuso así en auto arreglado al Art. 1297 del Código Judicial, entonces vigente. Las razones que tuvo el legislador para variar en el nuevo código ese procedimiento, fueron, sobre todo, de orden práctico, según aparece del correspondiente informe de la comisión revisora; f)—La cuestión tratada por la Corte en su providencia no se resuelve únicamente con apoyo en el Art. 1228 del actual Código Judicial, porque la comisión revisora manifestó que ese texto declaraba la misma doctrina del Art. 40 de la ley 153 de 1887. Ahora bien. Si estos textos no anularon las actuaciones practicadas y ni siquiera afectaron "éstas en puntos incidentales cuya decisión estuviera pendiente", debe inferirse, con mayor razón, que la intención del legislador no fue cambiar la naturaleza misma de los juicios pendientes, haciendo que uno ordinario "o que hubiese asumido el carácter de tal, se convirtiera en especial, o viceversa"; g)—Si se considera, contra lo dispuesto en el Art. 1297 del antiguo Código Judicial, que el juicio ordinaro era incidental del especial de división, debe aplicarse el Art. 1228 del actual Código, porque en él se dispone que ese incidente se rija por la ley vigente cuando se promovió.

Motiva

En estos considerandos, con el fin de poderlos desarrollar en forma armónica, no se sigue el orden de los razonamientos presentados por el señor abogado del recurrente, y también se prescindirá de tratar de nuevo las cuestiones resueltas en la providenca que se impugna.

Entre nosotros ha predominado en lo general el aspecto práctico del derecho procesal, por cuyo motivo solemos desatender la importancia extraordinaria que reviste su estudio científico y sistemático, que es el único que puede proporcionar la serie de principios generales y de normas directivas que informan esta rama de la ciencia del derecho y que son de importancia superlativa, tanto para la formación del jurista como del juez.

Si lógicamente el derecho procesal es una esfera secundaria del derecho privado, a causa de que aquél sirva para la aplicación y ejecución de éste, no es menos cierto que inviste a las prescripciones del derecho civil de la validez real necesaria para que éstas no sean meras reglas teóricas.

La Corte no se explica el criterio según el cual toda resolución ejecutoriada es una ley del proceso.

Las únicas providencias que vinculan al juez son las sentencias. De ahí la necesidad del art. 467 del Código Judicial, el cual no tiene otra explicación que la de ser la consecuencia lógica de aquel principio: esto es, vincular al juez, constituír la ley del proceso. Lo que acontece es que el proceso se compone de muchos y diferentes actos que se encaminan todos a la realización de un mismo fin. A esa pluralidad de actos se la denomina procedimiento. Pero lo que crea en el procedimiento la armonía y relación interna entre todos esos actos que lo forman, es el fin; el cual, dicho con otras palabras, ata en una unidad los múltiples actos que constituyen cada procedimiento. El fin consiste en la consecución de un determinado acto jurisdiccional, y, siendo jurisdiccional, este acto final se halla configurado en su naturaleza, en sus consecuencias y en su autoridad, esencialmente por la ley.

Es resultante de la naturaleza expresada del procedimiento que ningún acto procesal produzca efecto en su aislamiento. La eficacia de todos aquellos actos no se alcanza sino merced a su totalidad, debido al influjo que ejercen sobre el fin unitario. A virtud de que cada uno de ellos se encamina a obrar en determinado sentido sobre el resultado final del procedimiento, es por lo que esos actos dependen unos de otros. Por consiguiente, en el procedimiento, unos actos provocan los otros; bien los posteriores dan fuerza a los anteriores; ya los complementan; ora los anulan.

Quien interviene en el proceso civil es el Estado, por medio de su órgano judicial, en calidad de sujeto de la potestad pública y en función de tutela y vigilancia. De ahí que ni aún de manera figurada se puede aceptar que las resoluciones judiciales ejecutoriadas, distintas de las sentencias, sean ley del proceso. En efecto, si esa resolu-

ción fue ilegal, no existe el poder en virtud del cual el juez la dictó, y si fue pronunciada legalmente, ella no contiene sino la manifestación de ese poder. La fundamentación de lo que acaba de expresarse se halla en el principio básico de que no existe régimen de derecho alguno sin la mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado.

Dentro del anterior análisis del ordenamiento procesal, que es lo que nos lo explica en forma verdaderamente científica, aparecen dos consecuencias generales: 1ª—Que las resoluciones ejecutoriadas, exceptuadas las sentencias, no vinculan al juez cuando quedan desligadas del conjunto totalitario del procedimiento, en cuanto los efectos de ella mal pueden tender a la consecución del acto jurisdiccional que ha de constituír el fin del proceso, rompiendo, por lo tanto, su unidad. 2ª—Que sólo tienen efecto retroactivo las resoluciones que decretan la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, el juez no puede, de oficio ni a petición de parte, revocar, modificar o alterar un acto ejecutoriado, (salvo si se decreta la nulidad de la actuación), no a causa de que por su ejecutoria se convierta en ley del proceso, sino porque el procedimiento es una relación en movimiento, integrada por una sucesión de actos encaminados a la obtención ya dicha de un acto jurisdiccional, el cual es, al mismo tiempo, se repite, fin del proceso y estructura de éste. Si fuese posible estar retrotrayendo la actuación, se desvirtuaría el sistema preclusivo que configura entre nosotros el procedimiento civil. Pero el error cometido por el juez en una providencia que se dejó ejecutoriar, no lo obliga, como efecto de ella, a incurrir en otro yerro. Por ejemplo, si el juez admite ilegalmente una tercería en un juicio ejecutivo, o la acción real del tercer acreedor en un juicio de venta o de adjudicación de la prenda y de los bienes hipotecados, esos autos no lo vinculan para el momento de dictar las correspondientes sentencias, porque al romper la unidad procesal quedaron aislados y por lo tanto no pueden producir efecto en estas circunstancias. Si en un pleito el juez decretó embargo de bienes y designó secuestre, esa providencia no lo vincula para dejar de convertir a éste en simple interventor, si en el momento de practicar la correspondiente diligencia de secuestro observa que se trata de un establecimiento industrial o comercial. O viceversa. El art. 1019 del Código Judicial no es óbice para que el juez se abstenga, en el momento de la diligencia de secuestro, de practicar éste sobre los bienes relacionados en el art. 1004 ibídem, a pesar de que se encuentre ejecutoriado el auto que decretó su embargo, y así en muchos otros casos.

Para que cualquier resolución ejecutoriada fuese ley del proceso, se requeriría que su contenido estuviese de acuerdo con el continente, o sea, la norma procesal que lo autorizó, con mira en la consecución del fin unitario procesal. Y entonces no sería la ejecutoria del auto, sino su conformación integrante de la unidad procesal, lo que lo haría inalterable.

Si se pretende razonar a este respecto con apoyo en una analogía imposible de establecer, es necesario tener en cuenta que así como el contrato no es ley para las partes sino cuando su estructura se conforma a las prescripciones del Código Civil, las resoluciones judiciales ejecutoriadas, con excepción de la sentencia, no podrían ser ley del proceso sino en tanto que se amoldaran al marco totalitario del procedimiento que las prescribe.

De ahí que el Tribunal Superior de Cali, por ejemplo en este pleito, habría podido, sin antijuricidad alguna proveniente de sus actuaciones anteriores, dar a la providencia con que se puso fin al proceso, su verdadera estructura legal, y negar, consecuencialmente, la concesión del recurso de casación.

Aun cuando la estructura peculiar del proceso no corresponde a un criterio conceptual, se distinguen, sin embargo, dos grandes puntos de vista, según el influjo que predomine en aquélla, si el del juez o el de las partes, a saber: el principio dispositivo y el principio inquisitivo u oficial.

Según el primero de ellos, que es el que rige entre nosotros en materia civil, son las partes quienes, en lo esencial, impulsan el procedimiento y estimulan la actividad judicial.

Dícese, aun cuando no con entera exactitud, que este sistema nuéstro es el de una ordenación que tiene al juez por centro, promovida por fuerzas que no son las suyas, en cuyo movimiento y dirección aquél ocupa sólo una posición pasiva. Esto en lo substantivo, ya que para el curso de la actuación tiene la facultad y deber señalados en el art. 348 del Código Judicial.

En efecto, ya no existe la aceitación, porque de acuerdo con el aforismo "no hay juez civil sin actor", es el interesado quien decide si incoa o no un proceso, y no puede obligarse a nadie a demandar contra su voluntad. El objeto del proceso vincula al juez, porque éste no puede conceder más de lo que se le ha suplicado o cosa distinta de la pedida,

con la única excepción de lo relativo a las costas. También es privativo de las partes la presentación de los hechos y la prueba de los mismos. Hechos que las partes no hayan afirmado ni probado, no pueden ser tomados en consideración por el juez. Corresponde a las partes el impulso del procedimiento, en los casos previstos por la ley. Se reserva a las partes, por el legislador, algunas facultades procesales que tienen el poder de obligar al juez a adoptar determinada posición, en virtud de ciertas declaraciones de voluntad y de la realización de algunos actos de disposición. Así, por ejemplo, las partes disponen de la relación jurídico-procesal, por medio de la renuncia, el reconocimiento o allanamiento y la transacción. El actor puede desistir de la demanda y corregir, enmendar o aclarar ésta, en determinado momento del procedimiento. Cada parte puede desistir de cualquier recurso y puede renunciar al empleo de determinada prueba.

No obsta lo dicho para poder afirmar que entre nosotros ese principio dispositivo procesal no es absoluto. Su relatividad la demuestran las siguientes peculiaridades del enjuiciamiento civil: el impulso procesal es en buena parte de oficio. A fin de que el juez tenga un conocimiento más profundo y acabado del asunto, le corresponde el poder de repeler la demanda. El juez, de oficio, declara su incompetencia, tanto por la naturaleza del asunto, como por la calidad de las partes y por razón del lugar en donde debe ventilarse. Puede abstenerse de conocer, por alguna de las causales expresadas en el parágrafo 1º del Capítulo XII del Título VI del Libro II del Código. Repele las pruebas sobre hechos no controvertidos y rechaza determinadas posiciones. Decreta de oficio las nulidades de la actuación, y, en ciertos casos, dispone de la facultad por excelencia de dictar autos para mejor proveer. Por último, y dicho sea de paso, ha sido observado ya que nuestra ley concede al juez derechos que no usa y le impone obligaciones que no cumple, v., gr., lo dispuesto en el art. 684 del C. J., en lo concerniente a la materia de la prueba, o sea, lo que constituye la faz vital del procedimiento, porque es la única que le permite llegar al conocimiento exacto de la realidad jurídica de cada parte, para formarse una convicción directa y personal que lo ponga en estado de adquirir un criterio objetivo respecto de lo actuado en el juicio, independiente del valor rutinario y formulista de la documentación que de la prueba y su ejecución queda en el proceso.

Quizá no esté de más añadir que el destino de la institución procesal del recibimiento a prueba, es el de formar la convicción del juez y no la de las partes, porque es al juez a quien corresponde la decisión y tiene su responsabilidad.

Del análisis hecho sobre el principio dispositivo que informa la estructura de nuestro procedimiento civil, aparece el predominio de la ley procesal como rama del derecho público, en lo atañedero, especialmente, a la tipicidad de las decisiones jurisdiccionales que ponen término a un procedimiento.

De ahí que la Corte, en su decisión final, no esté limitada al estudio de las causales alegadas por el recurrente, cuando por la naturaleza de la sentencia acusada ella sea incompetente.

A causa principalmente de que el procedimiento civil es entre nosotros escrito, en él domina el sistema de la preclusión, o sea que la ley marca el momento procesal en que debe tener lugar cada actividad, momento que si se deja pasar, aquélla no puede realizarse ya. O, en otras palabras, nuestro procedimiento se divide en períodos, los cuales están perfectamente marcados dentro de cada instancia. Por ejemplo, en el recurso de casación: admisión del recurso; substanciación de éste, y sentencia.

La providencia que admite o rechaza el recurso de casación es preclusiva y no es sentencia. Señala la terminación de un período del procedimiento y la iniciación del otro; dentro de la misma jornada, y esa resolución procede como consecuencia del estudio del aspecto formal del fallo recurrido. De acuerdo con la teoría ya expuesta, semejante providencia no vincula a la Corte. Es susceptible de reposición antes de su ejecutoria y de ser anulada de oficio en cualquier momento.

Solamente en Francia esa clase de resoluciones son verdaderas sentencias, porque allí domina en los procedimientos el principio de la indivisibilidad, que es el opuesto al de la preclusión. Según el sistema procedimental francés, es la Chambre des requêtos, Sala especial de la Corte, la llamada a pronunciar, en forma definitiva, sobre la admisibilidad del recurso.

Las casaciones italiana y alemana, regidas también por el principio de la indivisibilidad procedimental, no conocen ninguna resolución de pronunciamiento previo, respecto de la admisión del recurso.

En el sistema español de casación, igual al nuestro desde el punto de vista de la preclusión, la providencia sobre admisibilidad del recurso no es considerada como sentencia, y es precisamente por esta causa por

lo que el art. 1732 del Código de Enjuiciamiento Civil niega todo recurso contra ella.

A falta de una disposición igual a la de la ley española, la providencia de que se viene hablando es entre nosotros un auto interlocutorio, simplemente.

Conceptualmente, sentencia es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo. En el derecho procesal moderno, es sabido que no existe una diferencia concreta, como la había en Roma, entre la sentencia y las demás resoluciones judiciales. El acto final del judicium era el único que allí se consideraba como sentencia.

Pero este concepto del derecho romano no se mantuvo, a causa de la influencia en el proceso de la idea germánica. Se asignan dos causas principales a esa alteración del criterio romado de sentencia. La primera de aquéllas estriba en la importancia que la doctrina medieval dio al elemento silogístico en el proceso, lo que condujo fatalmente a borrar la diferencia antes clara entre las cuestiones de fondo y las demás actuaciones de un procedimiento; y la segunda consiste en la circunstancia de que buena parte de las cuestiones incidentales adquirieron una importancia vital para el proceso.

Descartado, pues, el elemento conceptual de la sentencia, hoy la distinción entre ésta y las demás resoluciones judiciales, radica, sobre todo, en las características siguientes: a)—El aspecto formal. La sentencia debe tener la forma prescrita por el art. 471 del Código Judicial; las otras providencias judiciales no; b)—La sentencia solamente puede dictarse por el órgano jurisdiccional que conoce del asunto, los autos pueden serlo, aunque dentro de sus límites estrictos, por un juez comisionado al efecto; c)—La sentencia pone fin a la relación jurídico-procesal; vincula al juez que la dictó, es ley del proceso; por cuyo motivo no puede modificarla el mismo funcionario por medio de una nueva resolución, mientras que las demás providencias son susceptibles de que las reponga el juez que las dicta; d)—Los autos interlocutorios no ponen término a la instancia sino incidentalmente, esto es, que durante el curso del juicio pueden resolver alguna cuestión vital para el proceso mismo; pero el objeto de ellos, propiamente, nunca es el de decidir el fondo de la controversia; e)—La sentencia es la que se pronuncia sobre la acción ejercitada, mientras que el objeto de las demás resoluciones versa generalmente sobre puntos litigiosos sobrevenidos en el curso del procedimiento; f)—La sentencia se publica, su notificación requiere un plazo de especial duración para que se consume, (cuando no es personal), se hace en determinada forma, especial también, y su ejecutoria se declara por el juez que la profiere, en tanto que las demás resoluciones judiciales no están sujetas a estas ritualidades; g)—Las sentencias, pues, no resuelven una cuestión previa que luégo continúa substanciándose en la instancia, sino que deciden sobre la acción misma ejercitada y terminan aquélla, unas veces en sentido favorable a la demanda, otras desestimando la acción.

El fin de la casación es, en Colombia, como en todos los demás países en donde existe esa institución, el de conseguir la unidad jurídica del derecho nacional. Se tiende con ello a la aplicación uniforme de la ley por los Juzgados y Tribunales.

Tal tipicidad de la casación conduce a tener en cuenta que el proceso de subsunción de un hecho de la vida en la correspondiente regla jurídica realizado por el juez con el objeto de que se produzca una consecuencia jurídica determinada, lo hace la Corte en orden a subsumir la sentencia acusada en la ley, a fin de resolver si fue o no adecuada la norma jurídica que se aplicó y de fijar el sentido de ésta.

Si para recurrir en casación se requiere haber sido parte en el pleito, se debe a que el legislador no abre aquella vía sino al litigante, y si se exige el requisito de un interés en la parte para recurrir, es a causa de que la casación es un recurso práctico y no meramente teórico. Pero ninguna de tales condiciones es suficiente para desvirtuar el predominante carácter crítico de la casación, la cual, por su fin y por su objeto, revela que el interés general es el elemento inmanente a ella.

Para la casación, la materia del juicio no sólo comprende los elementos controvertidos, sino también la naturaleza misma, en cuanto a su substancia procesal, del fallo recurrido.

La decisión de la Corte, cuya reposición ahora se invoca, es jurídicamente una verdadera sentencia, por cuanto estatuyó sobre la naturaleza procesal de ciertas decisiones en los juicios de división material de bienes. Consecuencias adjetivas pero fatales de esa sentencia fueron la anulación de lo actuado en el recurso, y la declinación, por parte de la Corte, de su competencia.

O, en otros términos, en nuestro sistema preclusivo, la ejecutoria de un auto que niega la admisión del recurso de casación, cerrando ese período o jornada, deja definitivamente fallado el punto y el proceso, a

causa de lo dispuesto en el citado art. 467. Pero ejecutoriado el auto que admite el recurso, auto que nunca tiene fuerza de sentencia, mal puede vincular a la Corte al decidir la casación, si aquél fue dictado ilegalmente, porque entonces su efecto no contribuye a la relación armónica del recurso extraordinario, en el sentido de que todos los actos que constituyen éste deben dirigirse a lograr una decisión final que establezca la inteligencia de la norma que se aplicó por el Tribunal a la sentencia acusada, cuando ésta es susceptible de ser sometida al recurso. El error de admitir el recurso de casación, no puede producir el extraño resultado de crear para la Corte una competencia de que carece.

Dados el fin y el objeto de la casación, no existe asidero científico para reprochar a la Corte que en su sentencia, debido a las circunstancias de este pleito, se hubiera abstenido de decidir sobre los derechos subjetivos incoados por las partes y provenientes del Código Civil.

Ello no sería así, sólo para una teoría que desconociera la categoría que le corresponde al derecho procedimental en la ciencia de los valores jurídicos, o que preconizara, como inmediato en casación, el interés privado de las partes, o, finalmente, que en este recurso extraordinario afirmara que la sentencia que desestime la acción, para ser tal, debe versar sobre el contenido o materia del fallo acusado y no sobre el continente o forma de éste.

A virtud de lo dicho, y con fundamento en lo dispuesto en el art. 482 del Código Judicial, la Corte declara que no es el caso de considerar en reposición la sentencia a que se refiere el memorial precedente

Notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL copia de esta providencia, junto al fallo que la motivó.

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

ACLARACION
del Magistrado Dr. Eduardo Zuleta Angel

Insisto en creer que podía ser acusada por medio del recurso de casación la sentencia del 20 de abril de 1934 pronunciada por el Tribunal Superior de Cali, pero como en la providencia de que ahora se trata, la Corte en realidad se limita a decidir que, por virtud de lo establecido en los artículos 466, 467 y 482 del Código Judicial, no puede revocar ni reformar la providencia del 22 de octubre del presente año, he firmado sin salvamento de voto la providencia que hoy se dicta, sin que ello signifique que esté de acuerdo con todo el contenido de la parte motiva y sin que ello quiera decir tampoco que no persista en considerar ciertas las tesis que expuse para salvar mi voto con respecto a la ya mencionada providencia del 22 de octubre de 1935.

A pesar de lo que acabo de exponer, quizá no sea inoportuno dejar constancia de que si no estoy, como lo he advertido, de acuerdo con todo el contenido de la parte motiva de la providencia inmediatamente anterior, es porque estimo que una de las grandes conquistas de la ciencia jurídica contemporánea, conquista debida especialmente al genio de Geny, es la de no hacer predominar el rigorismo de la construcción jurídica sobre el aspecto práctico de la respectiva cuestión jurídica.

A mi juicio, los razonamientos muy inteligente y técnicamente presentados por mi erudito colega doctor Mújica se inspiran en esa concepción del derecho, que ha predominado especialmente entre los autores alemanes, que, sobre la base de una lógica rígida, y partiendo de concepciones a priori, procede por razonamientos abstractos, reduciendo todo a categorías, descuidando los hechos y desnaturalizándolos a veces en provecho de las ideas puras.

Respetando como respeto profundamente su predilección por esa tendencia que consiste en el empleo de concepciones puras, desarrolladas mediante una lógica enteramente abstracta y consideradas como instrumentos necesarios de fecundación de los textos legales o de elaboración de ideas jurídicas independientes, todo lo cual implica una especie de lógica superior inherente a las instituciones jurídicas, me inclino, por mi parte, a considerar, siguiendo a Geny, que el proceso de construcciones abstractas, cuando se pone en olvido su carácter subjetivo y dúctil, y se pretende estereotiparlas en cierto modo mediante concepciones predeterminadas, inmutables y revestidas de una falsa objetividad, lejos de ensanchar y fecundizar el campo de nuestra ciencia, lo reduce y lo esteriliza.

De ahí que por encima de "la serie de principios generales y de normas directivas" que expone en una forma admirablemente técnica el doctor Mújica para llegar a la conclusión de que la providencia que admite el recurso de casación no vincula a la Corte, yo coloco el fin práctico y social de las instituciones que es en mi sentir el que determina la norma jurídica. "Ahí está su causa, y si se quiere, al mismo tiempo, su lógica; lógica verdaderamente segura y fecunda porque está compuesta enteramente de motivos morales, psicológicos, económicos, y tiende a realizar la equidad objetiva mediante la combinación de la idea de justicia con la más grande utilidad social", como lo quiso nuestro legislador en el artículo 472 del Código Judicial.

Eduardo Zuleta Angel

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

FALSIFICACION DE GIROS TELEGRAFICOS CON APROPIACION DEL DINERO

Llamado a juicio el sindicado con determinación del capítulo, título y libro del Código Penal, no prospera la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, por haberse empleado en el auto de proceder la palabra "falsedad" en vez de la de "falsificación". Descartada en este caso la tesis de absorción del delito fin por el delito medio. Tampoco es procedente la causal 2ª del artículo citado, con base en aquella confusión de palabras. No hubo indebida aplicación de la ley penal respecto al grado de la delincuencia, tal como fue calificada por el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, junio veinte de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Gilberto Elías Ceballos Gómez, también llamado Elías Gómez, fue condenado por el Juez Superior de Pereira como responsable de los delitos de falsificación de documentos de crédito y estafa, a la pena de cinco años y cuatro meses de presidio, al pago de una multa de $ 1,610.40, y a las accesorias correspondientes calificando la delincuencia en grado tercero.

Apelada esta sentencia para ante el superior, el Tribunal de Pereira, con fecha 8 de noviembre de 1934, la reformó en el sentido de elevar a ocho años y cinco meses de presidio la pena impuesta a Ceballos, con calificación de la delincuencia en segundo grado, y determinando que la multa que debe pagar al Tesorero es sólo por la cantidad de $ 510.40 en razón del delito de estafa.

Contra el fallo del juzgador de segunda instancia interpuso el sentenciado recurso de casación, en tal virtud los autos fueron remitidos a esta Sala de la Corte.

Surtidos los trámites de regla, la Sala procede a resolver lo que es del caso.

Los cuestionarios que en la debida oportunidad se sometieron al Jurado y que éste contestó de modo afirmativo, son del siguiente tenor:

"Cuestión 1ª: ¿El acusado Gilberto Elías Ceballos Gómez o Elías Gómez, mayor de edad, natural de Jericó (A.), es responsable del hecho o hechos de que a sabiendas y en perjuicio de terceros, abusando del puesto de supernumerario en la oficina telegráfica de esta ciudad, transmitió los despachos telegráficos números 95 y 97 fechados el cuatro de enero de mil novecientos treinta y dos, como emitidos por el administrador de correos de Medellín, señor Andrés Londoño, por cincuenta pesos cada uno, a cargo de la administración de correos de Calarcá, haciendo aparecer como enterantes a Eliseo Martínez y Luis Muñoz y como destinatario a José Ramírez; de haber trasmitido también los giros telegráficos números 52 y 53 fechados el trece de enero de mil novecientos treinta y dos, como emitidos por Julio R. Escobar, administrador de correos de Tuluá, por cincuenta pesos cada uno, a cargo de la Administración de Correos de Santa Rosa de Cabal, haciendo aparecer como enterantes a Ramón Peña y Luis Alvarez y como destinatario a Juan Muñoz; de haber librado de igual manera los giros telegráficos números 77 y 78, fechados el veintiséis de enero de mil novecientos trein-

ta y dos, como emitidos por el señor Luis Eduardo López, administrador de correos de esta ciudad de Pereira, por cincuenta pesos cada uno, a cargo del administrador de correos de Tatamá, haciendo aparecer como enterantes a Ramón Vélez y a Rubén Gil, y como destinatario en ambos a Juan Ramírez; de haber pasado o trasmitido del mismo modo el giro telegráfico número 79, fechado el treinta de enero de mil novecientos treinta y dos, como emitido por el señor administrador de correos de Ibagué, señor Miguel A. Zárate G., por sesenta pesos, a cargo del administrador de correos de Anserma (C.), haciendo aparecer como enterante a Ramón Vélez, y como destinatario a Juan Ramírez; de haber trasmitido, de la misma manera, los giros telegráficos números 75, 76 y 77, fechados el primero de febrero de mil novecientos treinta y dos, como emitidos por el administrador de correos de esta ciudad, señor Luis Eduardo López, por sesenta pesos cada uno, a cargo del administrador de correos de Tocaima, haciendo aparecer como enterantes, respectivamente, a Manuel Patiño, Ramón Escobar y Juan Vásquez, y como destinatario en todos a Rafael Jaramillo; y, por último, haber transmitido el giro telegráfico número veintinueve (29), de once de febrero de mil novecientos treinta y dos, como emitido por el administrador de correos de Tatamá, señor Pablo E. Hermosa, por sesenta pesos, a cargo del administrador de correos de Calarcá, haciendo aparecer como enterante a Roque Amador y como destinatario a Jesús Correa, hechos, todos esos, que ocurrieron, como ya se dijo, en la oficina telegráfica en esta ciudad, en las fechas expresadas, o sea del cuatro de enero al once de febrero de mil novecientos treinta y dos?

Cuestión 2ª: ¿El mismo acusado Gilberto Elías Ceballos Gómez o Elías Gómez, de las condiciones civiles ya anotadas, es responsable de haberse hecho entregar, valiéndose del engaño por medio de los giros falsos de que trata la cuestión anterior, la cantidad total de seiscientos pesos ($ 600.00), así: recibió en Calarcá, ciento sesenta pesos; en Anserma, sesenta pesos; en Santa Rosa de Cabal, cien pesos; en Tatamá, cien pesos y en Tocaima, ciento ochenta pesos, cantidades ésas que se gravaron además con la suma de diez pesos cuarenta centavos que valieron los derechos causados por los giros, formándose así un total de seiscientos diez pesos, cuarenta centavos ($ 610.40), cantidad estafada al Estado, dineros que el acusado recibió el seis de enero, el trece, el veintisiete y el treinta y uno del mismo mes, el dos y el trece de febrero de mil novecientos treinta y dos, y le fueron entregados por los respectivos administradores de correos de las ya citadas poblaciones, al acusado personalmente y a los señores Lázaro Trujillo en Santa Rosa de Cabal y Eduardo Norris en Calarcá, por cuanto a éstos les fueron vendidos algunos giros por el mismo acusado Ceballos o Gómez?"

Del memorial elevado por Ceballos a la Corte para sustentar su recurso, se copian los siguientes pasajes:

"1º—La sentencia recurrida es, en mi concepto, violatoria de las leyes penales, pues se me ha condenado por el delito de falsedad, y los hechos delictuosos que se me imputan no constituyen delito de esa naturaleza, de conformidad con las definiciones correspondientes.

2º Como consecuencia de la violación anterior, el fallo que recurro es violatorio de la ley procedimental, puesto que fue dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial, cual es la de habérseme procesado por un delito que no concuerda con las constancias del expediente.

3º—La sentencia aludida es violatoria de la ley penal, por mala interpretación, porque la delincuencia se calificó en segundo grado, sin causa legal para ello".

La Corte observa:

El primer reparo que el recurrente formula contra la sentencia del Tribunal dice relación, aun cuando de un modo vago, a la causal 4ª de las del artículo 3º de la ley 118 de 1931, que consiste en no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, o estar dicha sentencia en desacuerdo en el veredicto del jurado.

Con respecto a este primer reparo, es cierto que en el auto de proceder contra Ceballos se incurrió en una especie de incongruencia al señalar como una de las transgresiones imputables a éste la de "falsedad" en documentos de crédito, siendo así que la denominación que trae el código para tal delito es la de "falsificación" en esos documentos; pero como muy bien lo anota el Tribunal de Pereira, con ello no se afectó la enunciación jurídica del cargo, pues desde el momento en que en el mismo auto hubo de citarse en seguida el respectivo capítulo del código penal, por su número, título y libro (Capítulo IV, Título VII, Libro II), quedó ipso facto disipada cualquier duda acerca de la denominación genérica del hecho materia del llamamiento a juicio.

Los hechos delictuosos por los cuales fue llamado a juicio el sindicado, son aquellos

de la enumeración contenida en los dos cuestionarios arriba transcritos, que se contestaron por el jurado en forma afirmativa.

El artículo 339 del Código Penal, dice: "Los que falsificaren cualesquiera otros documentos de crédito, reconocidos y liquidados contra la Nación; acción de banco o establecimiento público, autorizado por la ley; o letra, vale, libramiento o carta u orden de pago de alguna Tesorería u otra oficina de Hacienda Nacional, que no circulen bajo la garantía de la Nación, sufrirán la pena de cinco a diez años de presidio".

¿Será posible pensar, desde el punto de vista del artificio del encausado Ceballos, para apropiarse las sumas de dinero que en el enjuiciamiento y en los cuestionarios se mencionan, en transgresión penal distinta de la contemplada en esta disposición, y cuya pena fue la aplicada por el Tribunal de Pereira?

Según el artículo 336 del mismo código, la falsificación es una especie de falsedad, y uno de los medios de realizarla consiste en fingir documentos de los que trata el citado artículo 339.

Tampoco hay nada qué objetar a la aplicación conjunta de los dos artículos 820 y 339 del Código Penal, es decir, al castigo por la estafa a la vez que por la falsificación en documentos de crédito; pues en el caso presente no podría pensarse en la absorción del delito fin por el delito medio. Descartada la estafa, que fue el índice que sirvió de base para hacer confluir a la suma de $ 610.40 las distintas falsificaciones llevadas a cabo por Ceballos, forzosa sería la conclusión, desfavorable para el reo, de imponerle, por falsificación, la sanción correspondiente a tantos delitos cuantos fueran los giros falsificados.

Como segunda causal alega el recurrente la de ser la sentencia del Tribunal de Pereira violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley; y agrega que tal nulidad es la de habérsele procesado por un delito que no concuerda con las constancias del expediente.

La Sala observa:

Esta nulidad, dada la manera como el recurrente presenta la causal, y conexionando el reparo con las demás alegaciones que formula en el proceso, sería la del punto 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, con relación al error en que se hubiera incurrido en la denominación genérica del delito, por aquello de la confusión que se anota en el auto de proceder, entre las palabras "falsedad" y "falsificación" de documentos de crédito.

Tal cargo tampoco puede prosperar; pues, como atrás se dijo, ninguna significación tiene ese cambio de palabras, desde el momento en que en el auto de proceder se llamó a responder a Ceballos por delitos de los definidos y castigados en el Capítulo IV, Título VII, del Libro II del Código Penal.

El tercero y último reparo, es el de que la sentencia del Tribunal de Pereira resulta violatoria de la ley penal, por mala interpretación, ya que, en sentir del recurrente, la delincuencia se calificó en segundo grado sin causa legal para ello.

De acuerdo con el artículo 123 del Código Penal la calificación del delito se hace en grado primero cuando todas sus circunstancias son agravantes y no se presenta atenuante alguna; al existir atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en grado tercero; y si en el delito concurrieren al mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, se calificará la responsabilidad en segundo grado.

La delincuencia de Ceballos fue apreciada por el Tribunal en la siguiente forma:

"Concurren en los delitos porque se juzga al procesado Ceballos Gómez las agravantes del escándalo que causan esta clase de hechos cometidos por empleados públicos, aprovechando su carácter de tales y sus conocimientos en ramo tan delicado como el de comunicaciones telegráficas; la posición misma que le da su carácter oficial, lo que lo obliga a una honradez y austeridad acrisoladas; el uso de los elementos oficiales cuyo empleo ordinario no es para esta clase de actividades; la repetición del hecho delictuoso enlazando distintas plazas de expedición con distintos lugares de pago, no sólo para lograr mayor provecho, sino para hacer más difícil la investigación.

Por otro lado, tiene como atenuante ser esta la primera condenación o primer delito comprobado.

En consecuencia, la calificación de la delincuencia debe hacerse en segundo grado".

Tampoco prospera esta causal, porque tanto las circunstancias agravantes, como la atenuante, de que habla la sentencia recurrida, son de esa naturaleza, de conformidad con los artículos 117 y 118 del Código Penal; y según jurisprudencia uniforme, ante la prueba de dichas circunstancias apreciadas por el Tribunal, nada incumbe a la Corte, que solamente puede en

casación modificar el criterio del sentenciador, cuando los hechos a los cuales imputó la calidad de agravantes o atenuantes del delito, no tengan tal carácter, a la faz de las disposiciones referidas.

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 contra Gilberto Elías Ceballos Gómez, dictada por el Tribunal Superior de Pereira el día ocho (8) de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934).

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mayo H., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO VOLUNTARIO—SE ALEGA DESACUERDO CON LOS CARGOS DEL AUTO DE PROCEDER

Si bien es cierto que en el auto de proceder se insinúa la posibilidad de que el reo hubiera procedido dominado por el miedo, como ni esta circunstancia resulta claramente comprobada en autos, ni el jurado la consignó en su veredicto, la causal 4.a del artículo 3.o de la ley 118 de 1931 no puede prosperar contra la sentencia en donde se condena por homicidio voluntario a la faz del artículo 600 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en sentencia de 8 de mayo de 1935, confirmó en todas sus partes la pronunciada por el Juzgado 1º Superior del mismo distrito el 12 de marzo de ese año, en la cual fue condenado Ascensión González como responsable del delito de homicidio voluntario ejecutado en la persona de Alfredo Oses, a la pena principal de seis años de presidio y las accesorias consiguientes, calificada su delincuencia en tercer grado, y con aplicación del artículo 600 del Código Penal.

El reo interpuso recurso de casación por medio del siguiente memorial:

"Yo, Ascensión González, procesado por el delito de homicidio en la persona de Alfredo Oses, respetuosamente expongo a vosotros:

"En fallo del 8 de los corrientes fuí sentenciado a sufrir la pena de seis años de presidio por ese delito. Pero con relación a la presente causa, ocurre que el señor Juez Superior en el auto de proceder consideró que yo había delinquido inmediatamente después de que Alfredo Oses intentó disparar su escopeta contra mí, según lo acredita el testigo idóneo Simón Gómez.

"Así que, en la situación jurídica en que me colocó el auto enjuiciatorio, la disposición aplicable ha debido ser el artículo 587, regla segunda del Código Penal y no la disposición general establecida en el artículo 600 del mismo código, toda vez que yo delinquí cuando la persona del occiso intentó dispararme su escopeta.

"Por las razones expuestas, interpongo recurso de casación contra la expresada sentencia por no estar en consonancia con los cargos que se me formularon en el auto de proceder.

"Me apoyo en el artículo 3º, ordinal 4º, de la ley 118 de 1931".

Tramitado el negocio en esta Sala, sin que el recurrente hubiera ampliado los fundamentos del recurso, es llegado el caso de fallar, y a ello se procede.

El Tribunal Superior en la sentencia recurrida concreta así los hechos materia del proceso:

"El delito fue cometido en el sitio de La Paz, pequeño caserío en jurisdicción del municipio de Betulia, como a las tres de la tarde del ocho de octubre de mil novecientos treinta y tres. En una de aquellas casitas vivía Alfredo Oses con María Antonia Vesga, quien le prestaba sus oficios domésticos y hacía compañía. En un viaje que Alfredo hizo a Bucaramanga le encargó Ascensión González una máquina de moler maíz y se la trajo, quedándole a deber González setenta centavos ($ 0,70), a más de un cuchillo cambo que le cedió comprometido a pagárselo en trabajo; a esta cuenta le había ayudado dos días y el ocho de octubre citado por la mañana le ofreció a

María Antonia que el martes vendría a ayudarles otro día. Como a las tres de la tarde regresaba Ascensión de una cacería a donde lo había acompañado Simón Gómez y al pasar por el patio de la casa lo llamó Alfredo para decirle que cuándo le llevaba el cuchillo, Alfredo (sic) le contestó que no se lo llevaba porque no se le antojaba y que más bien le daba el dinero que le salía a deber e hizo ademán de sacar para pagárselo; se cruzaron algunas palabras poco comedidas y a continuación Ascensión disparó sobre Alfredo, causándole con el tiro de su escopeta diez y ocho heridas en el costado izquierdo, de las cuales murió instantáneamente.

En el lugar del suceso no se encontraban más que el procesado, la víctima, María Antonia Vesga, Vicente Jaimes y Simón Gómez. El procesado dice que Alfredo le dirigió palabras insultantes e hizo ademán de dispararle una escopeta que tenía en la mano; el testigo Gómez asegura lo mismo que el procesado y también que él vio cuando Alfredo cargó la escopeta con un cartucho; Ana Vicenta dice que Ascensión fue a pagarle el cuchillo a Alfredo y de ahí en adelante no refiere más nada. Preguntada si había visto cuando le disparó González a Oses repuso que no recordaba porque le había dado mucho miedo. María Antonia Vesga refiere cuando se encontraron al regreso de la cacería Ascensión y Alfredo, y éste le preguntó cuándo le llevaba el cuchillo: Ascensión le contestó que no se lo llevaba porque no se le antojaba; que luégo se encerró sin saber qué más palabras se dijeron y a otro momento oyó el disparo y al salir vio que habían matado a Alfredo".

Para sustentar el recurso invoca el reo la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea, 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; y alega que ha debido aplicársele el artículo 587, inciso 2º del C. P., y no la disposición general del 600, conforme a la cual se sancionó el delito.

La Sala considera:

Dos aspectos o motivos de casación se consagran en el ordinal 4º del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y ambos se analizan en relación con el hecho de que se trata.

Se dice lo siguiente en el auto de proceder:

"La modificación que quiere establecer Ascensión consistente en que Alfredo Oses le tendió primero la escopeta, no está apoyada más que en la declaración de su amigo y compañero Simón Gómez y en cambio existen las declaraciones de Marcos Díaz, fl. 12, y Andrés Rosas, fl. 5 v., quienes efectivamente encontraron la escopeta contra la pared y muy cerca al cadáver, pero sin carga o munición aparente para causar la muerte y Marcos Díaz fue quien le puso la carga para ir en persecución de Ascensión; pero esto no hace imposible el hecho de que Alfredo Oses se la hubiera tendido despertando en Ascensión González un violento acceso de miedo que lo precipitó al crimen".

No es verídico, pues, como lo afirma el recurrente Ascensión González, que la circunstancia modificativa que desde un principio pretendió establecer para colocar el delito por él cometido en el numeral 2º del artículo 587 del Código Penal, consistente en que Oses le tendió primero la escopeta para dispararle, hubiera sido claramente admitida por el Juzgado en el auto de proceder para considerar que González había delinquido en fuerza de un peligro inminente de su vida.

Tal modalidad o circunstancia tampoco resulta comprobada en manera alguna en el proceso; y solamente consta del dicho del reo y del testimonio de su compañero Simón Gómez: testimonio éste que el Tribunal halló falso, mandando, en consecuencia, averiguar la responsabilidad en que al respecto incurriera el testigo.

Así las cosas, la causal invocada falla por este aspecto.

El interrogatorio o cuestionario que fue sometido a los jueces de hecho que intervinieron en la causa contra González y que se contestó de manera afirmativa, dice así:

"El acusado Ascensión González es responsable del hecho de haber dado muerte voluntariamente y con intención de causarle a Alfredo Oses, por medio de un disparo de escopeta cargada con proyectiles que le causaron diez y ocho heridas que se hallan descritas en las diligencias de reconocimiento del cadáver que obran a los folios dos vuelto, once vuelto, y cuarenta y cinco, hecho sucedido el día ocho de octubre de mil novecientos treinta y tres en el punto de "La Paz", de la jurisdicción municipal de Betulia?".

La respuesta simplemente afirmativa dada a la cuestión anterior, colocó el hecho en el caso de homicidio simplemente voluntario y llevó al Juez del conocimiento a sancionarlo de conformidad con la pena de seis años de presidio establecida en el artículo 600 del Código Penal, calificada pre-

viamente la delincuencia en el menor grado en fuerza de las circunstancias atenuantes existentes en favor del reo.

Por consiguiente, al confirmar el fallo de primera instancia el Tribunal, como lo hizo, obró rectamente, sin que se encuentre por este otro aspecto de la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, el motivo que alega el recurrente para infirmar la sentencia de que se trata.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, 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 proferida por el Tribunal Superior de San Gil con fecha ocho (8) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935) y por la cual se condena a Ascensión González a la pena de seis (6) años de presidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala B., Srio. en ppdad.

HERIDAS EN RIÑA

Prospera la causal 4.a del artículo 3.o de la ley 118 de 1931, porque además de que en el enjuiciamiento se consigna la circunstancia de la riña, en el plenario no se produjo prueba alguna en contrario, ni aparece que hubiera habido traición ni alevosía de parte del heridor.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En la presente causa por heridas contra José Osorio, dice el señor Procurador general de la Nación en su vista de diez y siete de junio último:

"Con fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, reformó la sentencia proferida por el Juzgado Tercero de ese Circuito e impuso a José Osorio la pena de seis años de presidio, como responsable en tercer grado de las heridas causadas al señor Jesús Antonio Carvajal.

El defensor de Osorio, ante el Tribunal de instancia, propuso recurso de casación contra ese fallo y enunció como causales la primera y tercera del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

Ya ante la Corte, el acusado constituyó nuevo apoderado, y éste, en el ejercicio del mandato, sustenta la primera y la cuarta causal de aquel artículo.

Como ambos motivos de casación persiguen, según el señor apoderado, obtener que se aplique el artículo 661 del Código Penal, en vez del 645 que tuvo en cuenta el Tribunal, la Procuraduría funde en una sola causal el estudio que debe hacerse de la demanda, así:

"Cuarta causal

Ataca el recurrente la sentencia del Tribunal, por este aspecto, fundado en estar ella en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder. Pues que en esta providencia se reconoció que tanto José Osorio como el ofendido Carvajal, se causaron heridas recíprocas, en un verdadero combate singular, constitutivo de riña, situación favorable que el Tribunal desechó en la sentencia para acoger un cargo más grave contra el acusado.

La Procuraduría encuentra justificada esta causal, y para demostrarlo basta hacer el estudio comparativo entre los cargos deducidos a José Osorio en el enjuiciamiento, y los cargos que sanciona la sentencia. De tal suerte que se llega a la conclusión de que hay una disparidad notable entre la cuenta abierta por el Poder Social al acusado en el auto de proceder, y la actividad delictuosa que tuvo en cuenta el fallo recurrido.

Realmente, en el auto de proceder del Juzgado, después de enumerar los distintos grupos de declarantes que incriminaban al acusado, se determinó así la situación jurídica, o el pliego de cargos de que debía defenderse Osorio:

'Pero la verdad, la claridad y la evidencia de los hechos, que no admiten la menor réplica ni discusión, es que los protagonistas de este drama (Osorio y Carvajal), de-

bido al estado psicológico en que se encontraban, naturalmente debido a la influencia del alcohol ingerido, indudablemente por la provocación política del primero, se empeñaron en seria y singular batalla, cuerpo a cuerpo y provistos el primero de peinilla y de un palo o zurriago, y el segundo de peinilla, resultando mutuamente mal librados, pero de mayor gravedad el último de los citados, quien fue recogido exánime y entrado a la casa del propietario de la fonda, donde se le practicaron los primeros auxilios, mientras que Osorio se dirigía a la casa de José Escobar, a unas cuatro cuadras del teatro de los acontecimientos, donde llegó como a las nueve de la noche y lugar donde fue aprehendido por la policía'. (Fs. 50).

Contra esta providencia no se interpuso recurso alguno, y por eso se declaró ejecutoriada en auto de veinte de febrero del mismo año (Fs. 56), tomando así el carácter de una ley procesal.

Del párrafo transcrito, se deduce muy nítidamente que la imputación criminal que se le hizo al acusado Osorio fue la de un delito de heridas en riña provocada por él, porque la riña, jurídicamente hablando, la constituye el cambio de agresiones, el ataque recíproco que ambos combatientes se hacen, mediante la intención previa de inferirse daño. Y no otra cosa representa la apreciación del Juzgado, al decir que Osorio y Carvajal se empeñaron en seria y singular batalla, cuerpo a cuerpo y provistos de armas; de tal suerte que, aunque no se empleó en la parte motiva de esa providencia el término sacramental de riña, ella quedó diáfana, inconfundible en sus elementos constitutivos. Las cosas no son por los nombres que se les dé, sino por la actualización de las notas que integran su esencia. Tanto es así, que el señor Juez de Circuito, al aplicar la pena al acusado Osorio, tuvo en cuenta el artículo 661 del Código Penal, que habla de heridas cometidas en riña.

Pero el Tribunal Superior de Manizales se apartó abiertamente de esa situación, y en su sentencia, consideró que el artículo infringido era el 645 del Código Penal, sin tener en cuenta la riña deducida en el enjuiciamiento.

En tales circunstancias, desatendió el Tribunal el artículo 26 de la Constitución Nacional y el 1716 del Código Judicial, porque condenó a José Osorio por un cargo de que él no se había defendido, y en esa forma, el fallo resulta atentatorio contra los derechos individuales y las garantías sociales que deben darse al acusado para que éste emprenda ampliamente su defensa y pueda ser condenado con lealtad.

El objeto del auto de proceder es formularle con toda precisión al responsable el conjunto de cargos que le apareja la investigación, para que él sepa de qué debe defenderse, así como también para que el juzgador tenga un derrotero cierto y limitado al imponer las sanciones contra el reo. De otro lado, podría reinar la arbitrariedad judicial y el auto de proceder carecería de objeto.

En tal virtud, José Osorio sólo debe ser condenado por lo que se le cargó en cuenta, esto es, por el delito de heridas en riña. Y como hay un grupo numeroso de declarantes, que sustentan el hecho de que Osorio fue quien inició la pelea; quien dio el primer motivo para que se agriaran los ánimos y se encendiera la contienda, él debe ser considerado como el provocador de la riña, tal como lo dice el auto de proceder. El mismo señor apoderado, al tratar en varias partes de su alegato de desconocer el carácter de provocador de Osorio, termina por decir: '...de todas maneras existe violación de las disposiciones penales citadas, porque entonces la riña si no comenzó con el ataque inferido a machete por Carvajal contra Osorio, sí se inició con los gritos de Osorio vitoreando a su partido y con los de Carvajal, dándose éste por provocado'. (Fs. 13, del segundo cuaderno).

Esto es suficiente para que la Procuraduría General de la Nación le pida a la honorable Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, a que se contrae el recurso extraordinario propuesto contra ella, y con aplicación en tercer grado del artículo 661 del Código Penal, imponga a José Osorio, como responsable de las heridas cometidas en la persona de Jesús A. Carvajal, la pena principal de tres años de presidio".

La Corte Suprema acoge en todas sus partes la anterior vista del señor Procurador, y con base en la historia del proceso y los razonamientos allí contenidos, estima que es el caso de infirmar la sentencia materia del recurso, para imponer a José Osorio la pena de que tratan los artículos 645 y 661 del Código Penal relacionados entre sí, dejando subsistente la calificación de la delincuencia del reo en el grado tercero.

Pero imprescindible es agregar que prospera en este asunto la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, consistente en no estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de pro-

ceder, porque además de los razonamientos aducidos por el señor Procurador, ocurre que en el plenario brilla por su ausencia toda prueba que desvirtúe la apreciación sobre heridas en riña que se contiene en dicho enjuiciamiento.

Y por otra parte, tampoco encuentra la Corte probado que hubiera habido traición ni alevosía en las heridas—demasiado graves por cierto—que José Osorio infirió a Jesús Antonio Carvajal.

Toca, pues, a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal de Manizales, 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 veintinueve (29) de noviembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), proferida por el Tribunal Superior de Manizales, por la cual se impone a José Osorio la pena de seis años de presidio; y en su lugar condena al mismo José Osorio a sufrir la pena de tres (3) 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 José Osorio 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 Nº 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.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

DISCONFORMIDAD DE LA SENTENCIA CON EL AUTO DE PROCEDER Y EL VEREDICTO DEL JURADO.

Prosperan las causales 4.a y 1.a de casación, pues establecido el elemento riña en el auto de proceder, y formulado el cuestionario para el jurado en ese concepto, la respuesta sencillamente afirmativa de éste implica la determinación de que el delito se cometió mediando aquella circunstancia; y entonces la pena aplicable no es la del artículo 600 del Código Penal, sino la del 602, inciso 2.o, relacionado con el numeral 2.o del artículo 587.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

En las horas de la noche del día 13 de agosto de 1933, en la plaza del caserío de El Tablazo, del municipio del Fresno, Departamento del Tolima, fue herido gravemente con instrumento cortante y punzante Daniel Giraldo por Simón A. Marín, herida que le produjo a aquél la muerte cuatro días más tarde, y que tuvo lugar mediante palabras ofensivas que se cruzaban los nombrados sujetos.

Adelantada la respectiva causa por homicidio contra el expresado Marín, el Juez del conocimiento, 2.o Superior del distrito judicial de Ibagué, lo condenó en sentencia de fecha 22 de noviembre de 1934, a sufrir la pena de tres años de reclusión y las accesorias de rigor, considerando aplicable al caso el artículo 602, inciso 1º del Código Penal, y calificando la delincuencia en grado mínimo.

Para ello sirvió de base al juez de derecho el siguiente cuestionario que le fue sometido al jurado que intervino en la causa y que fue contestado unánimemente de modo simplemente afirmativo:

"El acusado Simón A. Marín es responsable, sí o nó, al tenor del respectivo auto de proceder, de haber dado muerte voluntariamente a Daniel Giraldo por medio de una herida causada con arma punzante y cortante, de dos centímetros de longitud, que le interesó la piel, el tejido celular subcutáneo, los planos musculares, el peritóneo parietal, el mesenterio y el intestino delgado, al que le ocasionó tres perforaciones, con una de las cuales provocó una sección casi completa del tubo intestinal, herida que le ocasionó a Giraldo la muerte cuatro días después y que fue causada en

momentos en que agresor y occiso se cruzaban palabras agresivas o hirientes en la noche del trece de agosto de mil novecientos treinta y tres, en el caserío del Corregimiento de El Tablazo, jurisdicción del municipio del Fresno, de este distrito judicial?"

Apelada la sentencia por el señor Fiscal del Juzgado, el Tribunal la reformó por medio de la pronunciada el 7 de febrero de 1935, condenando al reo a la pena de seis años de presidio y sus accesorias, catalogando el delito en el artículo 587, numeral 1º del Código Penal y aplicando la pena consagrada en el 600 de allí.

Interpuesto por el sentenciado el recurso de casación contra el fallo de segunda instancia, vinieron los autos a la Corte, y cumplida como se halla la tramitación que corresponde, se pasa a resolver.

Del escrito en donde el procesado funda el recurso, se transcriben los siguientes pasajes:

"Inconforme con la sentencia que en segunda instancia pronunciara el honorable Tribunal de este distrito judicial, en la causa que, por el delito de homicidio, se me adelantara ante el Juzgado 2º Superior, he solicitado se me conceda el derecho de casar dicha sentencia, y, aceptada mi solicitud por el Tribunal, procedo a compendiar las razones que me asisten, para sostener, como sostengo, que se ha aplicado una disposición penal distinta de la del caso, incurriendo, por tanto, en una de las causales que justifican la intervención de esa alta corporación de derecho y de justicia, que es la excelentísima Corte.

El simple análisis de los hechos, o el hecho materia del proceso, evidencia la existencia de la causal que invoco; pues del relato, aun imparcial del suceso, se desprende claramente que lo que hubo fue una riña provocada por la víctima, y en la que intervinieron varias personas a más del occiso y procesado.

El juzgador de derecho, o juez a quo, acepta este hecho, y da valor a los testimonios que lo acreditan, aunque de ellos mismos desprenda mi responsabilidad.

Sometida a los jueces de conciencia, la causa surtió sus trámites, y el veredicto de los jueces de hecho, sin serme del todo favorable, no me fue adverso, porque reconociendo la existencia de las provocaciones (ofensas) de la víctima, que engendraron la riña, declaraban mi responsabilidad, atenuada con esa circunstancia, admitida y definida, por lo demás, en los renglones del nuestro Código Penal. De allí que el señor Juez 2º no hallando motivo alguno de injusticia notoria en ese veredicto que armonizaba con la realidad legal del proceso, procediera a dictar sentencia, condenándome a sufrir la pena de tres años de reclusión, que es la determinada por el legislador para ese caso. (Artículo 603 del C. P.).

.....

Resumo y espero que atendida la circunstancia de que se contempla un caso de homicidio cometido después de graves provocaciones, y con la expresa circunstancia de la riña planteada y sostenida por el occiso, que esto aceptaron los jueces de hecho y esto apreció el señor Juez 2º Superior del distrito, que no hay fundamento para variar la denominación genérica y apreciación legal del suceso, y que resulta inconforme con las prácticas del derecho modificar por sí y ante sí un veredicto y un fallo, en la segunda instancia, se proceda por esa Sala a restituir el fallo a su primer texto, o se disponga, si fuere del caso, la celebración de otro jurado, aunque esto no sería preciso, ya que la Corte sí tiene competencia y atribuciones para proceder sin sujetarse a las normas preestablecidas, las cuales, por otro lado, se cumplieron superabundante y lealmente, antes de la intervención del honorable Tribunal, que dio al traste con el procedimiento de la primera instancia, ceñido en un todo a las disposiciones de las leyes procedimentales".

Como se ve, el recurrente invoca dos causales de casación, la 1ª y la 4ª del artículo 3º, ley 118 de 1931, a saber: Que el fallo del Tribunal es violatorio de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma; y 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.

Reza el auto de proceder:

"De todo lo anterior, se deduce que en el presente caso está plenamente establecido el cuerpo del delito. Con estos antecedentes, se pasa a determinar lo referente a la responsabilidad del sindicado Marín en relación con el delito de homicidio de que fue víctima Daniel Giraldo.

Refieren los autos que cuando Giraldo recibió la puñalada que pocos días después debía privarlo de la vida, únicamente se encontraban en el centro de la plaza del caserío, Simón y Octavio Marín, Alfonso González y el desgraciado Daniel Giraldo;

y siendo esto así, necesariamente los testimonios de estos señores serán los que han de servir para precisar la manera como ocurrió el hecho. Ya conocemos lo suficiente cómo narra los acontecimientos Alfonso González, y el dicho de este testigo armoniza con lo consignado por el mismo sindicado Simón Marín en una de sus indagatorias. Fácilmente se notará que en la noche que fue herido Daniel Giraldo, todos los que formaban los varios grupos que recorían las calles de El Tablazo y fomentaban escándalos, se encontraban en estado de embriaguez, y esto daba lugar a que esos individuos se manifestaran muy belicosos y dispuestos a entrar en pelea por cualquier motivo, por insignificante que éste fuera. Aparece demostrado que Giraldo peleaba con Simón Marín, marchando éste adelante de aquél, y así marchaban cuando tanto el de un grupo de trasnochadores como el otro llegaron a la plaza, y si bien es cierto que no hubo entre el matador y el occiso una verdadera lucha, sí se encontraban riñendo, pues ambos se decían palabras agresivas e hirientes, y Simón Marín fue hasta demostrar su arrojo y valentía manifestando que él era capaz de pelear hasta con el diablo.

De esta breve relación que tiene su comprobación en las constancias del informativo, se obtiene que al momento preciso en que Marín hirió con su puñal a Giraldo, precedió una riña entre ellos dos, consistente en insultos que ambos se inferían, y esto consiente que el homicidio quede comprendido bajo el ordinal 7º del artículo 587 del Código Penal, que es así: '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".

Basta la lectura de la pieza anterior y del cuestionario sometido al jurado, para concluir que tiene razón el recurrente. En el enjuiciamiento quedó establecido, de modo inequívoco, la circunstancia de la riña entre el acusado Marín y el occiso Daniel Giraldo; y en el cuestionario, absuelto afirmativamente, no sólo se hace expresa referencia a los cargos formulados en el auto de proceder, sino que la pregunta al jurado termina con la advertencia de que entre agresor y gredido se cruzaron palabras hirientes en el momento mismo del suceso.

De esta suerte el Tribunal de Ibagué, al condenar a Simón A. Marín por homicidio simplemente voluntario a la faz del artículo 600 del Código Penal, sin tener en cuenta las modalidades que rodearon el hecho, incurrió en evidente desacuerdo, ya con los cargos formulados en el auto de proceder, ora con el veredicto de los jueces de conciencia.

Prospera, pues, la causal 4ª y, por ende, la 1ª también, desde el momento en que la disposición que ha debido aplicarse por el Tribunal no era el artículo 600 del Código Penal, sino el 602, inciso 2º, relacionado con el numeral 7º del artículo 587.

Tal se desprende no sólo de la respuesta del jurado, sino de las distintas piezas del proceso.

Y toca a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al del Tribunal de Ibagué, según lo dispuesto en el artículo 4º de la ley 118 de 1931.

En cuanto a la delincuencia de Simón A. Marín, debe calificarse en grado tercero.

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, invalida la sentencia de siete (7) de febrero de mil novecientos treinta y cinco (1935) proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, por la cual se impone a Simón A. Marín la pena de seis (6) años de presidio; y en su lugar condena al mismo Simón A. Marín, por el delito de homicidio, a sufrir la pena de tres (3) años de reclusión, 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 Simón A. Marín, 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 Nº 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.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO — (CON ALEVOSIA DE PARTE DEL MATADOR, Y OFENSAS INFERIDAS POR LA VICTIMA INMEDIATAMENTE ANTES)

No prospera la causal 6.a de casación sobre veredicto contradictorio, ya que el cuestionario sometido al jurado no había de ofensas y ultrajes inferidos por la víctima en el acto mismo del homicidio, sino inmediatamente antes. Y perpetrado el delito con alevosía y sorprendiendo indefensa la víctima, tampoco prospera la causal 1.a, pues en tales condiciones el homicidio no podía considerarse como de los menos graves del artículo 587 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto doce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Por sentencia del Juzgado 1º Superior de Ibagué, fechada el 15 de mayo de 1935, fue condenado Miguel Santa a sufrir la pena de siete años de presidio y las correspondientes accesorias, como autor del delito de homicidio simplemente voluntario perpetrado en la persona de Julio Malambo, calificada la delincuencia en tercer grado, pero con aumento de la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo, de acuerdo con lo estatuído en los artículos 600 y 124 del Código Penal.

El cuestionario que sirvió de base al Juzgado para dictar su sentencia condenatoria fue el siguiente:

"El acusado Miguel Santa es responsable, sí o nó, de haber dado muerte voluntariamente a Julio Malambo, por medio de una herida causada con arma punzo-cortante (navaja) sobre la cara antero-interna del muslo izquierdo, que seccionó completamente la arteria femoral, en dirección oblicua y de arriba hacia abajo, a consecuencia de la cual falleció pocos momentos después, hecho ejecutado con alevosía, sorprendiendo desapercibida a la víctima y en virtud de provocación, ofensas y ultrajes inferidos por ésta al acusado inmediatamente antes y ocurrido a eso de las ocho de la noche del día veinte de julio de mil novecientos treinta y cuatro, cerca a la casa de Angel Santa, en la fracción Santa Marta, en la jurisdicción del municipio de Covaima, de este distrito judicial?".

Esta pregunta fue absuelta por el jurado unánimemente en sentido afirmativo.

Apelado por el sentenciado el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior de Ibagué lo confirmó en sentencia de fecha 27 de julio de 1935, contra la cual interpuso recurso de casación el defensor de Santa.

Concedido que le fue y surtidos los trámites de regla en esta Sala de la Corte, es el caso de resolver, y a ello se procede.

El escrito en que el sentenciado funda el recurso de casación ante la Corte, es del siguiente tenor:

"Yo Miguel Santa, mayor de edad, en mi propio nombre me permito presentarme ante vosotros con el fin de expresar algunos puntos que tocan con la causa de homicidio que a esa Suprema Corte ha ido en apelación, fundado ese recurso en las causales 1ª, 3ª y 6ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, causa que motiva mi detención y más directamente, con el auto que profirió ya y que me fue notificado el día 15 de los corrientes.

Dice el auto notificado, que para los trámites correspondientes, se necesita que el suscrito encausado se haga representar por un abogado que sostenga el recurso interpuesto, porque de lo contrario, se devolverá intacta la causa para poner en ejecución la pena impuesta de siete años de presidio.

Comprendo perfectamente que el recurso de casación es recurso extraordinario que el sindicado puede interponerlo cuando las sentencias proferidas las vea injustas y por demás gravosas para sus intereses, pero ignoro que la falta del defensor sea motivo suficiente consagrado por disposiciones terminantes o por mera costumbre, para dejar de estudiar los asuntos que allí llegan.

Soy persona muy pobre y carente de todo recurso pecuniario, y creo que esas razones hayan servido para que la justicia no haya llegado hasta mí.

A falta del defensor que no puedo nombrar, en la seguridad de que los honorables magistrados, para corregir las faltas con que están adornadas las sentencias ya proferidas consistentes en excesiva pena como producto de un errado encajamiento del delito cometido en las disposiciones de nuestro Código Penal, y para evitar consiguientemente la denegación total de la justicia para un pobre, tengo el honor de presentar a vuestra vista y consideración los puntos que interesa conocer y comparar con los

que se hallan en el proceso, no sin antes pediros de manera encarecida que hagáis conmigo una excepción en las prácticas que rigen a esa alta Superioridad, para que os dignéis favorecerme con el estudio del expediente, no obstante la falta de defensor o la sabia sustentación del recurso interpuesto.

En primer lugar os llamo la atención sobre las declaraciones rendidas por quienes, en su carácter de familiares e íntimos amigos de la víctima, han tratado de tergiversar las cosas. Tenéis por ejemplo, a Patricio Malambo, quien era hermano del occiso y a Dominga Moreno, que era la concubina del mismo. No obstante el carácter de tales para con la víctima, y a que la ley presume la tendencia de estas personas a agravar o favorecer a las personas según los casos, estos testimonios se han tenido en cuenta, no así las rendidas por personas imparciales, justas y legales, por ejemplo, las de Alberto Otavo, Olimpo Tobar y otros, que tuvieron oportunidad de presenciar los sucesos de manera directa, y que no están emparentados en lo más mínimo con mi persona.

Las declaraciones de los referidos señores, no se tuvieron en cuenta, señores magistrados, porque de lo contrario, el delito se me hubiese catalogado como simplemente voluntario en el momento de recibir ofensas graves y en momentos de ejercer el derecho de legítima defensa. En el expediente obran las declaraciones juramentadas de ellos, quienes dicen haber visto que sin mediar ningún disgusto ni cosa parecida entre el occiso y yo, aquél empezó a injuriarme de manera soez y terminó por abalanzárseme con peinilla y navaja, armas estas, dos, cada una cortante, punzante y contundente.

Es trabajoso que pueda presentarse un caso en el que se vea de manera tan clara, como en este mío, que obré impulsado por el instinto de conservación, ejercitando el derecho que tiene toda persona de defenderse por cuantos medios estén a su alcance cuando se vea injustamente atacado.

Yo no he negado ni niego que cometí el delito, nó, desde un principio está dicho. Lo que deseo es que el delito se catalogue en el caso que corresponde aplicándoseme la pena que está señalada en el Código Penal, que en ningún caso es la de siete años de presidio, sino mucho menor".

Los apartes del escrito copiado referentes al auto en que se dispuso hacer saber al reo el derecho de nombrar un apoderado especial para representarlo en el recurso, obligan a esta Sala a consignar la declaración de que jamás ha estado en su ánimo considerar desiertos los recursos de casación por la sola circunstancia de que el procesado no pueda obtener que un abogado lo represente ante la Corte. Por el contrario, para evitar que ellos queden desiertos, suele la Corte dictar autos como aquel, a fin de que los recurrentes no entendidos se aperciban a su defensa.

El señor Procurador en su vista de fondo, dice lo siguiente:

"Lo alegado por Miguel Santa carece de fundamento o es inexacto, por estas razones:

Los testimonios de Malambo y de la Moreno son inobjetables, porque fuera de que los citó el mismo Santa, ellos no se rindieron propiamente en favor de la víctima ni se apartan en lo más mínimo de la verdad, ya que cuentan sencillamente que Miguel fue el matador de Malambo, por medio de una herida que le causó con puñal en la rodilla izquierda, afirmación que es enteramente exacta porque así lo confiesa el propio Santa y lo acreditan las diligencias periciales. Cuanto a las declaraciones de Alberto Otavo y Olimpo Tobar es un hecho que fueron tenidas en cuenta, pues precisamente por ellas se tuvo el homicidio como simplemente voluntario, en virtud de provocación y ofensas hechas al matador inmediatamente antes, como resulta del auto de proceder y del cuestionario sometido al Tribunal de conciencia. Pero que no hubo tal legítima defensa y que Santa hirió a Malambo alevosamente, se desprende con claridad de este párrafo de su indagatoria:

"Luégo nos dirigimos al punto ya dicho o sea al sur de la casa, y ahí él continuó blandiendo su machete, hasta que me dio lugar de acercármele por el lado izquierdo hasta ponerme casi en frente y muy inmediato al cuerpo de él y en ese instante fue cuando con la mano derecha mía le tiré una puñalada por debajo, la cual se la asesté en la pierna izquierda, arriba de la rodilla".

Lo que se deja transcrito es la demostración más evidente de que Santa hirió de muerte a Malambo cuando éste ni lo atacaba ni lo ofendía, pues pudo acercársele tanto, que se le puso de frente y muy cerca de él; lo que confirma el abrazo traidor, las palabras amistosas que le dirigió y luégo la puñalada aleve que le asestó con la mano que le quedaba libre, pues la otra la tenía sobre el cuello de la desprevenida víctima. Y gracias que no pudo darse el

hecho por premeditado, porque entonces la pena habría sido mucho más grave.

Teniendo en cuenta lo dicho, veamos si concurren las causales invocadas: 1ª La sentencia no violó la ley penal, porque se interpretó correctamente y se aplicó la pena que correspondía al homicidio voluntario, en tercer grado, pero con el aumento de la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, aumento merecido por la alevosía que daba mayor gravedad al delito. 3ª No hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, porque éste quedó demostrado, conforme a la ley, con los reconocimientos periciales y la diligencia de autopsia. La causal 6ª resulta imaginaria, porque el veredicto del jurado no solamente no es contradictorio, sino que aparece como la expresión fiel de la verdad procesal: Santa recibió ofensas y fue provocado por Malambo; pero al momento de herir a éste, en el instante mismo, lo sorprendió desaperecibido, es decir, que fue alevosa la acometida.

Por lo expuesto conceptúo que debe mantenerse firme el fallo recurrido".

La Corte observa: .....

Causal 3ª

Respecto de la causal 3ª, error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, no aduce el recurrente ninguna razón para fundarla; y dados los aspectos por los cuales él quiere que su recurso sea considerado, no es pertinente al caso la mencionada causal.

Procede, pues, la Corte a estudiar las otras dos causales, principiando por la 6ª, ser el veredicto contradictorio, pues la 1ª, o sea indebida aplicación de la ley penal, se hace depender de la 6ª.

Causal 6ª

El cuestionario está redactado en términos aparentemente contradictorios, pero que en el fondo no lo son; y fue formulado de acuerdo con el auto de proceder. En el auto del Tribunal (f. 65), que revisa el de enjuiciamiento dictado por el juez a quo, se encuentran los siguientes apartes, según los cuales se califica el hecho como ejecutado con insidia, con alevosía y sorprendiendo indefensa a la víctima, indefención procurada por el propio homicida:

"Hasta aquí la prueba, claramente se ve en ella la uniformidad o el acuerdo en que están el homicida, la Moreno y Malambo, al declarar que el delito se cometió sin riña o pelea, esto es, sin que entre víctima y victimario se hubiera librado combate alguno, con armas o sin ellas, inmediatamente antes o en el acto mismo del homicidio. Por el contrario, hay un común acuerdo entre aquéllos al deponer que el hecho se perpetró con insidia, es decir, no sólo procurando el reo evitar de su parte una provocación para su adversario, sino disuadiéndole de todo peligro de represalia con el abrazo engañoso, de fingida cordialidad, con que Miguel Santa se ganó la indefensión de Malambo para herirlo en la forma en que lo hirió.

.....

El modo mismo como el hecho se consumó, con sus arreos de circunstancias antecedentes, concomitantes y subsiguientes, hablando está de la alevosía con que obró Santa: .....

.....

Llévase demostrado, pues, que el obrar cauteloso del sindicado Santa lo coloca en condiciones de homicida alevoso, ya por haber usado un medio artificioso para llegarse a la víctima y sorprenderla con el delito, como fue el abrazo de aparente amistad, ora por haber quitado al acometido todo recurso de defensa".

Pero por otra parte, resulta también muy claro que el auto de proceder planteó la circunstancia de que Malambo irrogó ofensas a Miguel Santa, inmediatamente antes del homicidio. Dice el auto:

"Pero no quiere esto decir que el delito se haya cometido con premeditación, pues en el proceso hay declaraciones que enseñan que el móvil del homicidio fue la expresión de hijo de.... que Julio Malambo, el occiso, prodigó a Miguel Santa, el matador, inmediatamente antes de su muerte. Esas declaraciones son las de Olimpo Tovar, Angel Santa y Alberto Otavo.

Hay, por tanto, los testimonios de éstos, que con el sindicado establecen la causa del delito, esto es, la provocación grave de parte del occiso. Y los de Patricio Malambo y Dominga Moreno, enunciados por el matador, que establecen a su vez la manera como se perpetró el delito".

El cuestionario quedó, pues, calcado sobre el auto de proceder.

Habría contradicción en los términos del cuestionario si éste hablara de alevosía e indefención y, al propio tiempo, de ofensas y ultrajes inferidos al homicida por la víctima en el acto mismo del homicidio. Pero el cuestionario, fiel trasunto del auto

de proceder, se refiere a provocación, ofensas y ultrajes inferidos al acusado inmediatamente antes del homicidio.

Causal 1ª

El numeral 1º del artículo 587 del Código Penal considera homicidio simplemente voluntario el cometido por ofensas, agresiones, provocación, etc., "que inmediatamente antes del homicidio" se hagan al propio homicida. El delito así ejecutado se castiga con la pena atenuada de que habla el artículo 602, cuando el hecho debe apreciarse como uno de los menos graves entre los contemplados por aquel numeral; y con la pena ordinaria del artículo 600, cuando no sea posible considerarlo como delito de los menos graves.

Y la sentencia recurrida no podía calificar el homicidio cometido por Santa como uno de los casos menos graves, puesto que tanto los juzgadores de derecho en el auto de proceder, como el jurado en su veredicto, declararon que el reo procedió con alevosía, y sorprendiendo indefensa la víctima.

Tampoco son procedentes, pues, ninguna de las causales 1ª y 6ª alegadas por el recurrente.

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 Ibagué, fechada el veintisiete (27) de julio de mil novecientos treinta y cinco (1935), por la cual se condenó a Miguel Santa a la pena de siete (7) años de presidio por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mallo B., Srio. en ppdad.

UN TERCER CUESTIONARIO POR AGRAVANTES

Por el Juzgado se formuló al jurado un tercer cuestionario, sin ser el caso del artículo 79 de la ley 100 de 1892. Y este cuestionario, con respecto al cual se incurrió en otra irregularidad, pues se hizo contestar dos veces, resultó anodino, siendo así que había de unos ultrajes, pero sin expresar la calidad de graves.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Llamado a juicio José Ernesto Asprilla por el delito de homicidio cometido en la persona de Efraím Torres Pino y por el de heridas causadas a Erasmo Perea, en su oportunidad el Juzgado del conocimiento sometió a la consideración del jurado los siguientes cuestionarios:

"Cuestionario Nº 1

(Art. 47, ley 169 de 1896)

El acusado José Ernesto Asprilla es responsable, sí o nó, de haber causado voluntariamente a Efraím Torres Pino una herida de pulgada y media de largo por media de ancho y tres de profundidad en el lado derecho del cuerpo, entre el esternón y la tetilla; otra a pulgada y media más o menos abajo de la tetilla izquierda con una longitud de una pulgada por media pulgada de ancho y cuatro pulgadas de profundidad; otra sobre la región del bazo con dos pulgadas de largo por una de ancho y cinco de profundidad; otra en la misma región del cuerpo a media pulgada de distancia de la anterior, con un largo de media de ancho y cinco de profundidad; otra un poco más atrás de las anteriores, con una pulgada de largo por media de ancho y una de profundidad; otra en la espalda, entre el homoplato y la columna vertebral, la cual mide una pulgada de largo por media de ancho y cuatro de profundidad; otra en la nuca, la cual mide una pulgada de largo por media de ancho y una de profundidad, algunas de las cuales heridas seccionaron posiblemente los vasos que van al pulmón, el corazón, el bazo, con las cuales se ocasionó la muerte de Torres Pino casi instantáneamente, producidas tales heridas con instrumento cortante y punzante, he-

cho que tuvo lugar en las primeras horas de la madrugada del día veintiocho de marzo de mil novecientos treinta y dos, en el paraje conocido con el nombre de 'El Trapiche', corregimiento de Cucurrupí, municipio de Istmina, intendencia nacional del Chocó?".

Cuestionario Nº 2

(Art. 47, ley 169 de 1896)

El acusado José Ernesto Asprilla es responsable, sí o nó, de haber herido con arma cortante y de manera voluntaria a Erasmo Perea en el brazo derecho, un poco más arriba del codo, herida que tiene seis y medio centímetros de largo por dos y medio centímetros de ancho y dos centímetros de profundidad y en el ante-brazo, derecho también, herida ésta que mide ocho centímetros de largo por dos centímetros de ancho y uno y medio centímetros de profundidad, las cuales le produjeron al ofendido cuarenta y tres días de incapacidad sin dejarle lesión de por vida ni incapacidad para trabajar como antes, pero sí deformidad física leve, hecho que tuvo lugar en las primeras horas de la madrugada del día veintiocho de marzo de mil novecientos treinta y dos, en el paraje conocido con el nombre de 'El Trapiche', corregimiento de Cucurrupí, municipio de Istmina, intendencia nacional del Chocó?".

Cuestionario Nº 3

(Art. 79, ley 100 de 1892)

El acusado José Ernesto Asprilla ha cometido los hechos que se mencionan en la cuestión principal con sevicia, ferocidad y sangre fría o con alguna de tales circunstancias?".

El jurado contestó a cada uno de los dos primeros cuestionarios con la palabra "sí".

Respecto del tercer cuestionario, contestó: "sí: en el momento de recibir ultrajes". Después de las firmas de los jurados en esta tercera respuesta se encuentra otra frase que dice: "Sí: pero sin sevicia y sin sangre fría". Las firmas de los jurados aparecen repetidas a continuación.

Este incidente lo explica el acta de la audiencia así: "Como en el acto de serle devueltos el expediente y los cuestionarios resueltos, el señor Juez observara que el número 3 había sido respondido de manera inadecuada, o sea, 'Sí, en el momento de recibir ultrajes', llamó la atención de los señores jurados al respecto; éstos reanudaron por breve tiempo la deliberación privada e hicieron luégo la devolución de las cuestiones y el informativo. Acto seguido se reanudó la sesión pública. Los veredictos fueron: "sí", para los cuestionarios números uno (1) y dos (2), y "Sí: pero sin sevicia y sin sangre fría", para el número tres (3)".

Ante todo es preciso observar que el Juzgado aludió expresamente en su auto de proceder a la circunstancia de premeditación; y no obstante que el Tribunal, cuando por apelación conoció de dicho auto, levantó expresamente este cargo (f. 66 v., cuaderno II), el Juez a que propuso al jurado, no sólo las cuestiones por homicidio y heridas, sino una tecera, concebida en términos equívocos, puesto que habla "los hechos que se mencionan en la cuestión principal", sin que pueda saberse si se refiere a la cuestión por homicidio o a la de heridas, o conjuntamente a las dos.

El artículo 79 de la ley 100 de 1892 dice que al interrogatorio principal debe agregársele otro, cuando el juicio verse sobre alguno de los seis primeros delitos de que hablaba el artículo 29 de la Constitución, subrogado por el artículo 3º del acto legislativo Nº 3 de 1910.

Luego el Juez al formular esta tercera cuestión al jurado (que parece referirse a circunstancias de asesinato), se apartó de esta disposición legal, y desatendió puntos capitales del auto de proceder.

El Tribunal Superior de Cali, en sentencia de 16 de mayo de 1935, que reforma la del Juzgado de primera instancia, condenó al procesado a la pena de seis años de presidio por el delito de homicidio, y a la de tres años por el de heridas.

Contra esta sentencia el procesado recurrió ante la Corte invocando como causal la de "estar dicha sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado". Y en el curso de sus escritos de casación habla también de que "el cuestionario referente a las circunstancias agravantes del homicidio del señor Efraím Torres había sido contestado dos veces, de manera contradictoria, de modo que una respuesta anulaba o destruía la otra, por caminos distintos de los señalados en la ley".

Verdad es que el procesado hace mención de la ley 78 de 1923; pero los errores en que incurre en cuanto a la cita de números para referirse a las causales, no impiden a la Corte atenerse al contenido de los cargos formulados contra la sentencia, siendo así que tales cargos claramente coinci-

den con las causales 4ª y 5ª de casación, reconocidas por la ley 118 de 1931, a saber: Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado, y haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

El señor Procurador General de la Nación es opuesto a que se infirme el fallo recurrido, por las siguientes razones:

"Cuando no se trata de delitos que merezcan pena de muerte, hoy reemplazada por la de veinte años de presidio, según el artículo 3 del acto legislativo Nº 3 de 1910, el interrogatorio que el Juez debe presentar al jurado se formulará simplemente como lo ordena el artículo 47 de la ley 169 de 1896. De suerte que la tercera pregunta hecha por el Juez de la causa al Tribunal de conciencia, sobre circunstancias agravantes, no sólo era improcedente sino ilegal, ya porque no se trataba de asesinato, puesto que se descartó la premeditación y ya también porque las circunstancias agravantes que no son constitutivas de tal delito, corresponde apreciarlas y aplicarlas al Juez de derecho.

Si las cosas son así, no tiene importancia alguna el supuesto desacuerdo entre la sentencia y el veredicto que alega el recurrente, porque tal veredicto no jugó, ni podía jugar, papel alguno en la sentencia. Lo que hubo fue un error del Juez al formular esa tercera pregunta innecesaria y fuera de lugar, y a ella contestó el jurado como le pareció bien, sin que su respuesta viniera a causar daño alguno al recurrente, a quien en definitiva se condenó en tercer grado por los delitos que cometió: homicidio simplemente voluntario y heridas.

Respecto de la indebida intervención del Juez consistente en hacer observaciones al jurado, puede ella ser censurable y hasta ilegal, pero no constituye nulidad que vicie el procedimiento, al tenor de los artículos 234 a 236, ley 57 de 1887.

Por lo expuesto conceptúo que no hay razón alguna para infirmar la sentencia recurrida".

La Corte procede a examinar conjuntamente los fundamentos de las dos causales propuestas, puesto que en el presente caso, ellas están íntimamente conexionadas entre sí.

Ya se dijo que el Juez propuso indebidamente la tercera pregunta al jurado. Pero la respuesta que el jurado dio a la pregunta final, aunque a primera vista induce a la idea de que puede implicar una modificación sustancial a la respuesta afirmativa de los dos primeros cuestionarios, no la determina en realidad, y resulta, por tanto ineficaz. Si el jurado hubiese hablado de ultrajes *graves*, en el acto mismo del delito, el sentenciador se habría visto ante el problema de si debía aplicar los artículos 604 y 660 del Código Penal, que mitigan la pena ordinaria del homicidio simplemente voluntario y del delito de heridas; pero como la respuesta al tercer cuestionario habló sólo de ultrajes, sin agregar la modalidad de graves, la explicación es anodina.

En estas condiciones el Tribunal aplicó bien la ley al imponer al procesado por el delito de homicidio la pena de que trata el artículo 600 del Código Penal, y por el de heridas, la del artículo 647 ibídem; y como calificó en tercer grado la delincuencia, ello está demostrando que hizo caso omiso del tercer cuestionario y sus respuestas.

Por tanto no son fundadas las causales invocadas y el recurso no puede prosperar.

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 Cali, fechada el diez y seis (16) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935), por la cual se condenó a José Ernesto Asprilla a la pena de nueve (9) años de presidio por los delitos de homicidio y heridas.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo E., Srio. en ppdad.

RETARDO DEL JUEZ EN DECRETAR LA LIBERTAD DEL SINDICADO

Los jueces deben hacer cesar cuanto antes la detención de un sindicado si no hay mérito para mantenerla; pero la dilación razonable mientras se surten los trámites inherentes al esclarecimiento del punto, no constituye detención arbitraria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Tribunal Superior del distrito judicial de Pasto, en sentencia de 3 de mayo de 1935, condenó al señor Juez 1º del circuito de Ipiales, doctor Aníbal Córdoba, por el delito de detención arbitraria de Pablo Pismag, por el cual había sido llamado a juicio por el mismo Tribunal en auto fechado el 17 de agosto de 1934, a ser suspendido de su empleo por seis meses y a pagar una multa de ocho pesos, o a la pena subsidiaria de multa de diez pesos para el caso de que no pudiere aplicársele la de suspensión del empleo por no tenerlo al tiempo de la ejecución de la sentencia.

El doctor Córdoba interpuso recurso de apelación de la sentencia condenatoria, y el expediente vino a la Corte para los fines consiguientes. Cumplida como se halla en esta Sala la tramitación de regla, ha llegado el caso de resolver sobre el particular, y a ello se procede.

Motivó la causa contra el doctor Aníbal Córdoba, cuyo recurso de apelación mencionado se estudia, el hecho que se halla relatado en los siguientes pasajes del auto por medio del cual la Corte confirmó el enjuiciamiento proferido por el Tribunal de Pasto:

"Pablo Pismag, detenido por el Alcalde Municipal de Aldana porque unos guardas de las rentas encontraron en su casa de habitación unas libras de carne, y por este hecho le siguió e instruyó sumario dicho empleado que remitió luégo con el sindicado al señor Juez 1º del circuito de Ipiales, a quien tocó en reparto el conocimiento del asunto. Este, el 27 de abril, ordenó pasarlo al Fiscal para concepto, advirtiendo en la providencia correspondiente que no había delito que investigar, aserto que consigna igualmente en el auto de sobreseimiento proferido el 14 de mayo siguiente, con la expresa afirmación, además, de que el sindicado fue reducido a detención sin existir siquiera la prueba de la materialidad del delito que se le imputaba, todo lo cual aparece establecido en la investigación del modo más evidente y claro.

Pero sin embargo de ello, y aun de que la misma causa y fundamento de la imputación de aquél y de la investigación que se abrió es exótica y extraña a primera vista, el señor Juez doctor Córdoba, en vez de decretar lisa y llanamente la libertad incondicional de quien sin las pruebas que exige la ley y sin causa ninguna justificativa se hallaba privado de ella, desde el día 27 de abril, sólo vino a hacerlo el 14 de mayo siguiente, manteniendo por tanto detenido por largos días a un sindicado cuya inocencia era evidente".

El señor Procurador General de la Nación en su vista de fondo se expresa así:

"Es hecho indudable o plenamente comprobado que el Juez 1º del Circuito de Ipiales, doctor Aníbal Córdoba, mantuvo detenido arbitrariamente por diez y siete días a Pablo Pismag, con la circunstancia agravante de que el Juez sabía que no había motivo legal para la detención. Para defenderse alega ahora el doctor Córdoba que el hecho que se le imputa no se ejecutó con pleno conocimiento ni con intención manifiesta, porque en el momento de dictar el auto de 27 de abril, no tenía conocimiento de que Pismag se hallara detenido, por no haber tenido tiempo de estudiar el expediente. A esto se observa:

Si el 25 de abril, dos días antes del 27, el Juez giró o expidió boleta para la detención de Pismag, cómo puede admitirse que dicho día 27 no supiera que estaba detenido? Y cómo es posible excusar a un administrador de la justicia el grave cargo de privar de la libertad a un ciudadano, sin motivo alguno, por la circunstancia reprobable de no estudiar los autos, de no darse cuenta de lo que se trataba? Acaso esto no empeora la falta cometida, en vez de justificarla? Pudo ser que el señor Juez no tuviera la intención de causar un daño a Pismag, pero siempre se lo causó, porque lo privó de la libertad, por más que éste diga que salió muy contento de la actuación del doctor Córdoba. El hecho indudable es que el juez violó la ley a sabiendas, porque sabía o debía saber que

a nadie puede mandarse prender o arrestar sin las pruebas correspondientes.

Lo dicho me parece suficiente para conceptuar, como en efecto conceptúo, que debe confirmarse la sentencia apelada".

La Corte, después de un atento estudio del proceso y, en particular, de los descargos y de las pruebas presentadas por el doctor Aníbal Córdoba, llega a conclusiones diferentes de las propuestas por la Procuraduría.

Estima la Corte que la sentencia del Tribunal de Pasto debe revocarse, y en su lugar absolver al doctor Córdoba de los cargos que se le han formulado, por las siguientes razones:

No puede negarse la existencia del hecho material, consistente en que Pablo Pismag permaneció detenido en la cárcel. Pero es esencial, para apreciar jurídicamente ese hecho, la circunstancia de que no fue el juez de Circuito doctor Córdoba quien ordenó la prisión de Pismag. Cuando el expediente llegó al Juzgado, Pismag estaba ya en la cárcel, por orden del funcionario instructor. Y aun cuando el juez doctor Córdoba no dispuso inmediatamente ponerlo en libertad, sí lo hizo tan pronto como estudió el expediente, se dio cuenta de que no había mérito para enjuiciar y, en consecuencia, sobreseyó en favor del detenido Pismag.

En guarda de los derechos individuales, lo ideal sería que cada juez, en el acto de llegar un expediente a su oficina, estuviese en capacidad intelectual y material, de formarse un juicio cabal acerca de él, de tal suerte que en pocos minutos pudiera hacer cesar cualquier situación injusta o ilegal que allí encontrase.

Pero en la realidad, no siempre es posible a los jueces adquirir de improviso y como intuitivamente el conocimiento de las distintas fases de cada negocio, en el propio momento de adjudicársele un expediente en virtud de reparto.

En el caso de autos se ve que no hubo por parte del Juez de Ipiales, doctor Córdoba, el ánimo intencionado de prolongar la detención de Pismag. Y la demora que pudo haber en otorgarle la libertad, se explica por la tramitación que de buena fe consideró el juez necesaria para formar su criterio y expedir la orden correspondiente, máxime cuando una de sus medidas fue solicitar el concepto fiscal.

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, revoca la sentencia de tres (3) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935) proferida por el Tribunal Superior de Pasto, y en su lugar absuelve al doctor Aníbal Córdoba por el cargo de detención arbitraria que le fue formulado, en su calidad de Juez 1º del Circuito de Ipiales.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Maio B., Srio. en ppd.

HERIDAS.—SE CASTIGA POR UNA INCAPACIDAD MAYOR QUE LA DEDUCIDA EN EL AUTO DE PROCEDER

La causal de casación en este caso no es la 3ª sobre error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, sino la 4ª, o sea la disconformidad de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder. En estas circunstancias, la indebida aplicación de la ley penal es una consecuencia del éxito del recurso por virtud de la causal 4ª No es legal la condenación oficiosa al pago de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué fechada el 16 de diciembre de 1935, que impuso a Epaminondas Urueña seis años de presidio por doble delito de heridas, interpuso recurso de casación el defensor del procesado, sin señalar, al interponerlo, las causales que estimara pertinentes.

El señor apoderado del recurrente ante la Corte, doctor Max Galvis, en extenso y razonado escrito, ha invocado las causales 1ª, 3ª y 4ª de casación.

La Procuraduría General de la Nación encuentra infundada la causal 3ª; acepta uno de los aspectos de la causal 4ª; y, en relación con la causal 1ª, la admite como una consecuencia de su punto de vista favorable a la causal 4ª, alegándola también por cuanto el Tribunal condenó oficiosamente al pago de perjuicios.

Para resolver, se considera:

Causal 3ª—Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

A este respecto, el señor Procurador delegado se expresa así:

"Consiste el cargo, según el recurrente, en que el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen científico rendido por los médicos legistas de Ibagué para acoger la exposición de otros peritos empíricos, no graduados en medicina, quienes le asignaron a los heridos una incapacidad más grave que la fijada por los facultativos, fuéra de otras consecuencias, también de carácter grave.

Como se ve, la causal en esa forma no es pertinente, porque el señor apoderado no ataca la existencia misma del delito de heridas, que sería el caso de esta causal, sino el tiempo que duraron incapacitados los heridos y las lesiones que les quedaron. Tal discusión mira únicamente a la aplicación de la ley penal, ya que el hecho criminoso y punible que constituye el delito, no es desconocido por el recurrente".

La Sala acoge este razonamiento; pero con el bien entendido de que en sentir de la Corte, el error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito no sólo puede ser causal de casación cuando se alega la inexistencia del hecho criminoso, sino también en el caso de que aun aceptándola, el fallo contemple el delito en condiciones que erróneamente hagan variar su naturaleza genérica.

De ahí que el tercer inciso del artículo 4º, ley 118 de 1931, indique a la Corte dos soluciones distintas para cuando prospere esta causal: Absolver al procesado, o devolver los autos a la autoridad competente para que ésta conozca, si a juicio de la Corte se hubiere cometido otro delito.

Causal 4ª—Disconformidad de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Los fundamentos que el recurrente señala para sostener esta causal, los analiza la Procuraduría en los siguientes términos, que la Corte acoge:

"Dice el recurrente que el Tribunal, a pesar de haber reconocido en el auto de proceder que el delito de heridas se consumó en riña, no tuvo en cuenta en la sentencia esa circunstancia modificadora de la responsabilidad, por lo cual se le impuso al acusado una pena mayor de la que le correspondía.

. . . . . .

Consideró, pues, el Tribunal que los Castillo obraron en legítima defensa. Por eso, revocó el enjuiciamiento proferido contra ellos y en cambio sobreseyó a su favor definitivamente.

La riña y la legítima defensa se excluyen, porque aun cuando en ambas puede ocurrir el combate singular, en la primera hay dolo, intención antisocial de inferir un daño al adversario; al paso que en la legítima defensa el motivo determinante es eminentemente social, porque quien se defiende de

una agresión injusta y peligrosa, ejerce un derecho y hasta un deber, puesto que no solamente defiende las condiciones de su existencia, sino las de la sociedad a que pertenece.

Así planteadas las cosas, era un contrasentido que el Tribunal fuera a reconocer en la sentencia la circunstancia de la riña, y por eso es injusta la acusación que le hace el recurrente.

Sería, pues, el caso de declarar fuera de discusión esta causal, si la Procuraduría no hubiese encontrado que el Tribunal sí violó la ley al apartarse del auto de proceder, pero por otro aspecto.

En ejercicio de la facultad conferida por el artículo 8º de la ley 118 de 1931, pasa este Despacho a ampliar la causal, así:

La sentencia del Tribunal no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, por cuanto en esta pieza se le cargaron en cuenta al acusado dos delitos de heridas con incapacidades de quince y veinte días, más un defecto físico y levísimo que le quedó al ofendido Leocadio Castillo; y la sentencia acoge otra clase de lesiones constitutivas de mayor gravedad en la escala penal.

En efecto, el auto de proceder del Juzgado contiene esta afirmación acerca de la incapacidad y sus consecuencias:

'Según dictámenes periciales (fs. 3-8 v., 9-15 y 20) y de los médicos legistas departamentales (fs. 31 ft.), la incapacidad definitiva de Leocadio y Alfonso Castillo, fue la de quince y veinte días, respectivamente, quedándole al primero de éstos defecto físico de carácter leve, consistente en la herida de la frente'. (Fs. 72).

Y el Tribunal, al revisar ese auto, ratificó el mismo concepto en estos términos:

'De los varios reconocimientos practicados en los ofendidos aparece que Leocadio recibió una herida en la frente que le produjo quince días de incapacidad y un defecto físico parece que levísimo, por la cicatriz; y Alfonso una en la mano izquierda que sólo ocasionó incapacidad por veinte días'. (Fs. 85).

Es claro que el acusado Urueña, leídos esos autos, quedó convencido de que se le imputaban heridas con tal incapacidad y defecto levísimo, y que de esos cargos debía defenderse, y no de otros más graves. Por tanto, al salirse el Tribunal en la sentencia de esa verdad judicial, extralimitó sus funciones, condenó a Urueña por cargos más graves que no conocía, y con ello violó los artículos 26 de la Constitución Nacional y 1716 del Código Judicial, preciosas garantías del derecho de defensa.

Como ya lo ha dicho la Procuraduría, el objeto del auto de proceder es formularle con toda precisión al responsable el conjunto de cargos que le apareja la investigación, para que él sepa de qué debe defenderse y los jueces por qué deben condenar. De lo contrario, reinaría la arbitrariedad judicial y el auto de proceder sería inútil.

En consecuencia, Epaminondas Urueña debe ser condenado por la clase de heridas que se le cargó en su cuenta en el enjuiciamiento; esto es: un delito de heridas en la persona de Leocadio Castillo con incapacidad de quince días y un defecto físico (técnicamente deformidad) de carácter levísimo, consistente en la cicatriz de la herida; y otro delito de igual naturaleza con una incapacidad de veinte días, sin otras consecuencias, en la persona de Alfonso Castillo.

Así las cosas, las disposiciones penales infringidas son: el inciso 3º del artículo 645 del Código Penal, por las heridas de Leocadio, y el 648 de la misma obra, por las heridas de Alfonso. Total, le corresponden a Urueña treinta meses de reclusión, pues la delincuencia debe calificarse en ínfimo grado, porque no hay circunstancias agravantes plenamente establecidas, y sí varias atenuantes.

Por tanto, en este sentido, debe prosperar la causal cuarta".

Causal 1ª—Indebida aplicación de la ley penal.

Por dos fases se alega esta causal: La que propone el recurrente y la que aduce el señor Procurador delegado con respecto a la condenación por perjuicios.

Estima el recurrente que el sentenciador aplicó de modo indebido al procesado el inciso 2º del artículo 645 del Código Penal, pues ha debido aplicársele el inciso 3º del mismo, relacionado con el artículo 661 ibídem.

Como acertadamente lo anota el señor Procurador, este punto quedó definido al estudiar la causal 4ª y a propósito de la aplicación que el Tribunal ha debido hacer del artículo 645 (inciso 3º) para uno de los delitos y del 648 para el otro, conformando así su fallo con los cargos deducidos en el auto de proceder. Allí mismo se vio por qué no es pertinente dar cabida a la disposición del artículo 661, toda vez que la riña quedó descartada en el enjuiciamiento.

En cuanto a la condenación por perjuicios hecha oficiosamente por el sentenciador, la Corte, en otros recursos de casación y a propósito del mismo reparo del señor Procurador, ha dicho que ese procedimiento no es legal, pero que tampoco alcanza para infirmar el fallo por ese solo motivo.

No es indispensable reproducir ahora las razones que la Corte ha tenido al respecto, pues infirmándose, como se va a infirmar, por otros motivos, la sentencia del Tribunal de Ibagué, al dictar la que debe reemplazarla quedará prácticamente subsanado el reparo del señor Procurador.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo principal con el señor Procurador delegado, y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, fechada el diez y seis (16) de diciembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), que condenó a Epaminondas Urueña a la pena de seis años de presidio por doble delito de heridas, y en su lugar se impone al mismo Epaminondas Urueña la pena de treinta (30) meses de reclusión, que sufrirá en el lugar que el Gobierno designe, computándose como parte cumplida de la pena el tiempo que el procesado haya permanecido en detención preventiva.

Condénase, además, a Epaminondas Urueña, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, a la suspensión indefinida 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 Nº 944 de 1934, para los fines de la anotación de la sentencia en lo relativo a la suspensión de los derechos políticos en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mala B., Srio. en ppd.

VIOLACION DE LEY EXPRESA EN MATERIA CIVIL

En esta clase de imputaciones no es menester la prueba del dolo específico, pues si lo hubiera, el hecho asumiría los caracteres de prevaricato. Pero es necesario que la violación se refiera a preceptos legales tan flagrantemente claros, que no sean susceptibles de diferentes interpretaciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

La señora Filomena Camacho viuda de Martínez, ante el señor Procurador General de la Nación, presentó un escrito en papel común, escrito en que afirma que el ex-juez 1º del Circuito de Guateque, doctor Obdulio Rodríguez M., incurrió en delito de abuso en el ejercicio de sus funciones; y dice la memorialista que debe condenarse al prenombrado doctor Rodríguez a pagarle, por perjuicios morales y materiales, la cantidad de $ 4,000.00, "o la suma que se establezca en este juicio por medio de peritos".

No se sabe si la peticionaria pretendió instaurar una acción civil dentro del juicio criminal, acogiéndose a la disposición del artículo 39 de la ley 169 de 1896, caso en el cual no habría podido prosperar su intento, puesto que no dirigió demanda ante juez ni Tribunal competente, sino apenas un escrito de queja para que el Ministerio Público proveyese a la investigación que de ahí se desprendiera.

La denunciante inculpa al ex-juez doctor Rodríguez, imputándole que delictuosamente la perjudicó al dictar el auto de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos treinta y uno. Ella presentó su escrito de denuncio el veintinueve de agosto de mil novecientos treinta y cuatro, es decir, dos años y ocho meses largos después de proferida la providencia materia de la queja.

Cabe llamar la atención al retardo en que incurrió la señora querellante en presentar su escrito; pues si los hechos denunciados por ella habían de investigarse de oficio, la acción penal en esos casos prescribe a los cuatro años (Art. 95, C. P.); y si el asunto requería acusación particular para poder adelantarse, según lo dispone el artículo 68 de la ley 100 de 1892, la prescripción es de dos años (Ley 69 de 1919), lapso expirado ocho meses antes de que la señora presentara su memorial a la Procuraduría.

Como lo anota el señor Procurador, "el artículo 1879 del Código Judicial prohibe seguir juicio de responsabilidad cuando ya estén prescritas las penas". Así las cosas, estando prescrita la acción penal, sea que se considere por uno o por otro aspecto, no incumbe a la Corte penetrar a fondo en el examen del asunto.

Pero antes de proferir su decisión, quiere la Sala observar que tratándose del delito de violación de ley expresa, no es menester la prueba del dolo específico, pues si lo hubiere, establecido que el juzgador se propuso, en fuerza de cualquier interés, inferir perjuicio a alguna de las partes con la violación de la ley, el hecho asumiría los caracteres de prevaricato. El delito de violación de la ley expresa que se contempla en los artículos 539 y 440 del Código Penal, es de los llamados no intencionales, delitos que, como es sabido, no se caracterizan por la intención criminosa, sino por la mera voluntad.

Si el Juez, v. gr., provee contra una ley expresa, tan clara que su texto esté al margen de cualquiera interpretación, habrá incurrido en el delito de que tratan los precitados artículos del Código Penal, aun cuando su ánimo no hubiese abrigado la intención de inferir daño a las partes. Pero si la ley que se dice violada es susceptible de diferentes interpretaciones, al adoptar el juez una de ellas, no delinque, aun en el supuesto de que la interpretación resulte equivocada.

Por eso no sobra advertir que en el caso de autos la ley expresa que se dice violada, o sea el artículo 2455 del Código Civil, se presta a varias interpretaciones, una de ellas y quizá la más propia, la que se adoptó por el juez acusado.

Y en el mismo auto del Tribunal que se dice desobedecido por el juez doctor Rodríguez, se advierten ciertas anfibologías, que no permiten concluír a ciencia cierta cuál fue la interpretación que en aquella entidad se dio en definitiva al mencionado artículo 2455 del Código Civil.

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, confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, con fecha veintidós (22) de octubre de mil novecientos treinta y cinco (1935), a favor del doctor Obdulio Rodríguez, en su carácter de juez 1º del circuito de Guateque.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO.—SEGUNDO GRADO.

No prospera en el presente caso la causal 1.a de casación, ni por violación del artículo 362 del Código Penal, ni por indebida aplicación de la ley en cuanto a la graduación de la delincuencia. Un primer veredicto, que el procesado considera más favorable a su causa, pero declarado notoriamente injusto, no puede ser base para el estudio de la sentencia recurrida, que tiene como fundamento la respuesta de un nuevo jurado.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

José Motavita interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bucaramanga, fechada el veinticuatro de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, que confirmó la del Juzgado 2º Superior de dicha ciudad dictada el treinta y uno de mayo del mismo año, en la cual fue sentenciado Motavita como autor de homilidio voluntario en segundo grado, perpetrado en la persona de Senén Castellanos, a sufrir la pena de nueve años de presidio.

Concedido que le fue el recurso y surtidos en esta Sala los trámites de regla, se pasa a resolver.

El defensor de Motavita funda el recurso alegando la causal 1ª del artículo 3º de 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; y expone como causal otra cuestión en los siguientes términos

"Segunda causal.—La sentencia recurrida es violatoria de la ley, por haberse declarado notoriamente injusto el primer veredicto. Esta causal se desprende de la aplicación de los numerales 1º y 5º del artículo 3º de la ley 113 de 1931.

El primer veredicto colocaba el caso de Motavita dentro del artículo 611 del C. P., porque el jurado respondió que aunque cuando el acusado era responsable de la muerte de Castellanos, la intención era desconocida. Tachar de contraevidencia ese veredicto es extremar el rigorismo de la sanción penal con violación de la ley. Si el jurado no tiene soberanía para hacer una declaración de esas en un caso como el presente, es necesario proclamar que la misión del jurado como tribunal de conciencia ha terminado en Colombia".

En apoyo de la causal 1ª, sostiene el recurrente que se violaron en la sentencia del Tribunal los artículos 117 a 124 del Código Penal, y funda su aserto en que se condenó a Motavita calificando su delincuencia en grado medio, para lo cual se dedujeron en contra suya como circunstancias agravantes la futilidad e innobleza del motivo, la alevosía y la mala conducta anterior, y sólo se reconoció en su favor como atenuante su escasa ilustración. Dice que el motivo innoble o fútil del delito no está enumerado como circunstancia agravante en el artículo 117, ni puede quedar comprendido en el 119 del Código Penal, puesto que no se ve la semejanza o analogía perfecta que guarde con alguna de las circunstancias relacionadas en aquél; y que, por otra parte, dicho motivo innoble o fútil carece de plena prueba en el proceso y escapa en muchas ocasiones al conocimiento del Juez. Niega la alevosía, porque, en su concepto, para que ésta pueda considerarse como circunstancia agravante, debe ser siempre intencionada y fruto de la reflexión del agente del delito y no resultante de un accidente casual, como lo fue el caso de Motavita, en el cual se descartó la premeditación. Y discute la apreciación respecto de la mala conducta cargada a su defendido por el hecho de haber sido condenado anteriormente como autor del delito de heridas en riña, arguyendo que la mala conducta anterior tiene que deducirse no de un sólo acto, como acontece con Motavita, sino de la repetición de actos antisociales que la demuestren.

Por último, tacha el recurrente la sentencia de violatoria del artículo 602 del Código Penal, para lo cual se funda en que siendo el homicidio cometido por Motavita de los menos graves, ha debido aplicársele el inciso 2º de dicho artículo.

La Procuraduría General de la Nación pide que se mantenga firme el fallo recurrido.

Para resolver se considera:

Causal primera:

Primer motivo: Indebida calificación de la delincuencia en segundo grado.

Puede aceptarse la tesis del recurrente de que la futilidad e innobleza del motivo no figura en el artículo 117 del Código Penal como circunstancia agravante; pero la sentencia del Tribunal enuncia como agravantes, aparte de aquélla, las siguientes que sí contempla el precitado artículo 117: violencia en el ataque (numeral 3º), indefención emanada de la sorpresa (numeral 10º) y mala conducta anterior del procesado (numeral 11º).

De suerte que el Tribunal declaró probadas varias agravantes de las que enumera la ley; y como es jurisprudencia de la Corte que lo que a ella le incumbe en casación es decidir si los hechos propuestos por el sentenciador en calidad de circunstancias agravantes tienen o no asignado ese carácter en el Código Penal (los Tribunales son soberanos en cuanto a la apreciación de la prueba misma de los hechos), resulta que en el caso presente no hubo indebida aplicación de la ley penal por este aspecto de la causal 1ª alegada por el recurrente.

Segundo motivo: Ha debido aplicarse el artículo 602, inciso 2º.

Dice el recurrente: "El caso de Motavita es el de un homicidio voluntario de los menos graves, y por lo tanto ha debido darse aplicación a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 602 del Código Penal".

El cuestionario propuesto por el Juez y que el jurado contestó con la palabra "sí", es del siguiente tenor:

"Cuestión única: José Motavita es responsable de haber dado muerte con instrumento cortante y punzante a Senén Castellanos, y en la ejecución de este hecho ocurrido en el caserío de Vanegas, de la jurisdicción municipal de Lebrija, en las primeras horas de la noche del día veinticuatro de diciembre de mil novecientos treinta y dos, obró el acusado Motavita con intención de dar muerte".

Como ni el cuestionario ni el veredicto colocan expresamente el caso de autos en alguno de los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º, del artículo 587 del Código Penal, y como es potestativo del sentenciador, según el artículo 602, confrontar el delito con cualquiera de los mencionados numerales y considerarlo o no como de los menos graves, al atenerse el Tribunal a la contestación simplemente afirmativa del jurado, no puede decirse que hubiera incurrido en indebida aplicación del artículo 600, o en violación del 602 del Código Penal.

Causal propuesta como segunda:

Según atrás se vio, consiste este cargo en que, a juicio del recurrente, no ha debido declararse notoriamente injusto el veredicto del primer jurado que se reunió para decidir de la responsabilidad de José Motavita en el homicidio de Senén Castellanos, y cuya respuesta fue esta: "Sí es responsable, con intención que no podemos precisar".

La Corte observa sobre este particular que bien o mal declarado por el sentenciador notoriamente injusto un veredicto del jurado, queda insubsistente, y tal declaración de injusticia no puede ser materia de tacha contra la sentencia proferida en virtud del veredicto de un nuevo jurado.

En sentencia fechada el 15 de abril del corriente año dijo la Corte lo siguiente:

"No quiere esto decir que la Sala comparta las apreciaciones del Juzgado y del Tribunal en cuanto a la declaración que profirieron sobre injusticia notoria del primer veredicto, por contraevidente. Lo que ocurre es que de los términos del artículo 50 de la ley 169 de 1896 se desprende que aquella facultad para resolver acerca de las decisiones del jurado es de la exclusiva incumbencia de los jueces y tribunales, como mero incidente de instancia, sin que al subir luégo el proceso en casación a la Corte, por virtud de la sentencia definitiva y condenatoria, basada en las respuestas de un nuevo jurado, puedan retrotraerse las cosas a la solución—buena o mala—que antes se diera con relación al veredicto de un jurado anterior.

La Sala de Casación sólo penetra en estos asuntos de contraevidencia en los veredictos de los jurados, en el caso de la causal 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea cuando la sentencia es violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que la cuestión haya sido debatida previamente en las instancias. Pero esto, naturalmente, cuando se trata del mismo veredicto que sirvió de base a la sentencia y no de uno anterior; entre otras razones, por lo dispuesto en la parte final del artículo 50 de la ley 169 de 1896". (GACETA JUDICIAL Nº 1904, pág. 84).

En virtud 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, declara que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), en la cual se condenó a José Motavita a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala B., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO—SEGUNDO GRADO

En este caso no hubo indebida aplicación del artículo 600 del código penal, ni violación de la ley por parte del Tribunal en la graduación de la delincuencia. Futilidad del motivo. Análisis de las circunstancias agravantes del sexo de la víctima y del carácter de agente de policía de que el reo estaba investido.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El apoderado de Severo Méndez interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el 26 de septiembre de 1935, por medio de la cual fue confirmada la del Juzgado 1º Superior del mismo distrito judicial, que condenó a Méndez como autor de homicidio voluntario perpetrado en la persona de María Antonia Cáceres, a la pena de nueve años de presidio y las accesorias de rigor, calificada la delincuencia en grado medio y con aplicación del artículo 600 del Código penal.

De conformidad con el auto de proceder, el Juzgado sentenciador propuso al jurado el siguiente cuestionario:

"Severo Méndez es responsable de haberle dado muerte voluntariamente a María Antonia Cáceres, el día diez y seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, en el barrio de Piñitas, del plano de esta ciudad de Bucaramanga?"

Este cuestionario fue contestado unánimemente con la palabra "Sí".

Invoca el recurrente como causal de casación la 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, esto es, la que consiste en ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma. Y para sustentarla se expresa así:

"Invoco la causal 1ª del artículo 3º de la ley 78 de 1923 y considero que la sentencia es violatoria de la ley penal por haberse aplicado disposiciones punitivas distintas de las que correspondía aplicar para sancionar el caso, ya en la determinación de la pena principal por haberse considerado el homicidio simplemente voluntario y castigado conforme al artículo 600 del C. P. cuando el proceso suministra elementos para considerar que el homicidio cometido por Méndez es de los menos graves a que se refiere el artículo 602 ibidem inciso segundo, ya por haberse tenido en cuenta agravantes que no están demostradas en el proceso, y que no son pertinentes de considerar en el caso, modificando con ello la graduación de la delincuencia, que debe dejarse en mínima escala".

La Sala considera:

Habiendo formulado el Juzgado un cuestionario en que no se mencionó ninguna circunstancia que pudiera alterar la condición de simplemente voluntario del homicidio que se contempla en la sentencia; y si el jurado no hizo uso de la facultad que le confiere la ley para explicar o modificar su respuesta afirmativa, no puede decirse que cuando el Tribunal se atuvo estrictamente a la respuesta del jurado, hubiera incurrido en indebida aplicación del artículo 600 o en violación del 602 del Código Penal.

No es pertinente a la sentencia de casación estudiar las pruebas del proceso para decidir si el homicidio voluntario debe catalogarse, v. gr., en el ordnial 1º o en el 6º del artículo 587 del Código Penal; esa cuestión debe quedar definida en las instancias.

Por lo que atañe al presente asunto, el mismo recurrente, según lo advierte el señor Procurador, considera que el delito de autos fue cometido en un arrebato pasional. Ahora bien: ese caso de homicidio se halla previsto en el numeral 6º del artículo 587 del Código Penal, y respecto de él no está autorizado el sentenciador para calificarlo como de los menos graves.

Respecto de la calificación de la delincuencia en segundo grado, la Corte ha puesto la debida atención a los razonamientos que el recurrente formula.

La futilidad del móvil, por no estar expresamente prevista como agravante en el artículo 117 del Código Penal, podría descartarse.

Pero subsisten en cambio dos agravantes: el esxo de la ofendida y el carácter de agente de policía de que el procesado estaba investido. Tales circunstancias están previstas en los numerales 4º y 10º del referido artículo 117 del Código Penal; de don-

de resulta que al tenerlas en cuenta para graduar la delincuencia, no incurrió el Tribunal en violación de la ley por indebida aplicación de ella.

El argumento propuesto por el recurrente de que el carácter de agente de policía de Severo Méndez no tuvo por qué influir en el delito, demuestra cabalmente que el sentenciador estuvo acertado al considerar esa circunstancia como agravante. En el delito cometido por un empleado público, por razón o con pretexto del ejercicio de sus funcioses, la condición de empleado es uno de los elementos constitutivos del delito, y no podría cobrarse como tal y además como agravante; pero en el delito común de homicidio, la circunstancia de cometerlo quien está encargado de velar por la seguridad de las personas, sí implica un quebranto especial de las mayores obligaciones del delincuente para con la sociedad, o con las personas contra quienes delinquiere.

Objeta el recurrente la calificación de agravante que se dio en las instancias al sexo de la víctima. Trae a cuento los diferentes aspectos por los cuales la Corte ha estudiado la cuestión del sexo femenino como circunstancia agravante; y termina su disertación citando el caso de Valentín Bran, matador de su mujer legítima y a quien la Corte consideró responsable apenas de un homicidio voluntario atenuado, de los que contemplan los artículos 601 a 608 del Código Penal.

Como se ve, el recurrente más bien que negar la agravante del sexo femenino de la víctima, desliza su argumentación hacia la tesis del homicidio atenuado, punto que atrás se examinó, y que no debe involucrarse con la cuestión de las circunstancias agravantes.

En virtud de lo expuesto la Corte Suprema, 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 le caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal de Bucaramanga, fechada el veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos treinta y cinco (1935), en la cual se condenó a Severo Méndez a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Secretario.

ENVENENAMIENTO—LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO

Hay delitos cuya existencia puede establecerse por los medios ordinarios de convicción. El de envenenamiento requiere una comprobación técnica relativa a la presencia de sustancias tóxicas. Los elementos de prueba sobre el factor responsabilidad—la propia confesión, inclusive—tienen un límite probatorio derivado del cuerpo del delito. Prospera la causal 3a. de casación y la Corte absuelve en el presente caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, septiembre diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

La muchacha Visitación Valencia fue condenada a veinte años de presidio por el Tribunal Superior de Pasto, como responsable del delito de envenenamiento perpetrado en su anciano marido Pedro Cadena.

Un primer jurado la absolvió, pero los jueces de derecho declararon notoriamente injusto el veredicto, por lo cual hubo de convocarse nuevo jurado, que contestó en forma simplemente afirmativa el cuestionario propuesto por el juez.

La acusada interpuso recurso de casación contra el fallo condenatorio, amparándose en la causal 3a, que consiste en ser la

sentencia del Tribunal violatoria de la ley, por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

El señor Procurador General de la Nación conceptuó que debe mantenerse firme el fallo recurrido.

Llegado el momento de resolver sobre el recurso, a ello se procede mediante las consideraciones que siguen:

Se imputa a la procesada el haber propinado a su marido Pedro Cadena, a sabiendas y con el fin de matarlo, una sustancia tóxica (higuerilla, según el cuestionario), que produjo la muerte de Cadena pocas horas después, a eso de las diez de la noche del 4 de diciembre de 1932, hecho ocurrido en el paraje de Robles, distrito municipal de Sotomayor.

Al día siguiente se inició la investigación, y se ordenó practicar, entre otras diligencias, la de autopsia del cadáver de Cadena. Por desgracia esta diligencia sólo vino a efectuarse tres meses y medio después, con la consecuencia de que los facultativos doctores Guillermo Hammerle y Rafael Vallejo Salazar, no encontraron ya las vísceras en situación de poder someterlas a un examen técnico que permitiese apreciar las huellas del veneno.

La diligencia de autopsia concluye así:

"En resumen, señor Juez, no nos es posible, conforme lo solicitado por el Juzgado 2º del Circuito de Túquerres, el concluír sobre la causa de la muerte de Pedro Cadena, tanto más difícil es esto, cuanto que se supone que dicho individuo murió intoxicado. Para que se pueda concluír sobre qué tóxico fue el causante de la muerte en este caso, sería menester la existencia de un laboratorio químico apropiado y además la oportunidad de la autopsia, que hoy ha resultado demasiado tarde".

A petición del Fiscal y en tal emergencia, el Juzgado 1º Superior de Pasto optó por solicitar de la oficina médico-legal de aquella ciudad un concepto sobre si la intoxicación por higuerilla provoca los síntomas que cuatro horas antes de morir se le presentaron a Pedro Cadena, según habían sido descritos por los testigos José Adeodato Bravo y María Cadena de Bravo.

El dictamen científico de los señores médico-legistas doctores Jorge Rosero Pastrana y Luis Enrique Benavides, fue emitido en los términos siguientes:

"Los síntomas descritos en las declaraciones de José Adeodato Bravo y María Cadena de Bravo, corresponden totalmente a múltiples intoxicaciones de naturaleza exógena o endógena.

Estos síntomas pueden presentarse en una persona que haya ingerido higuerilla, porque la ricinina que es el alcaloide derivado de ese vegetal, produce vómitos, diarreas profusas, sudores, enfriamiento, angustia estomacal y general por la deshidratación, etc. Estos síntomas se presentan también en las intoxicaciones de cualquier vegetal tóxico, sin que sean exclusivas de la ricinina.

La intoxicación y muerte por este alcaloide en un adulto, oscila, según la constitución de la persona o animal, entre dos y diez centígramos (0,02 ó 0,10); cantidad que puede extraerse de dos a doce semillas de higuerilla, respectivamente.

Para terminar advertimos que un diagnóstico exacto de estas intoxicaciones no se puede conseguir sino con un análisis químico de los contenidos del estómago, intestino u otras vísceras, y que, por lo mismo, estamos lejos de asegurar una intoxicación por la higuerilla".

Como se ve, en este proceso, lejos de haberse producido la prueba inequívoca del elemento material del delito, los dictámenes periciales revelan la imposibilidad de formular una conclusión cierta acerca de este punto.

Hay delitos cuya existencia puede establecerse por los medios ordinarios de prueba; pero otros, por ejemplo el de envenenamiento, requieren una comprobación específica, que en el presente caso falló.

Sin entrar en reparos acerca del valor subjetivo de las declaraciones de Adeodato Bravo y María Cadena, únicos testigos de las circunstancias que precedieron a la muerte de Pedro Cadena, su contenido carece de valor para fundar conclusiones relativas a síntomas clínicos, tanto por tratarse de gentes completamente profanas en asuntos médicos, como porque los fenómenos que los testigos dicen haber presenciado, corresponden a diversas causas de intoxicación, según se desprende del dictamen de los facultativos.

Fuera de lo que acaba de analizarse, obran en el proceso unas cuantas declaraciones inconexas con el cuerpo del delito, tendientes a arrojar sospechas sobre Visitación Valencia, en quien los declarantes creen haber descubierto interés de ejercitar maniobras criminosas para suprimir la vida de su anciano marido.

Sin embargo, cualquiera que sea la impresión de conjunto que la lectura de estos testimonios produzca, al Tribunal de derecho no le era dado involucrar el valor jurídico, más o menos discutible, de los indi-

cios de responsabilidad a que inducen tales declaraciones, con la prueba relativa al factor cuerpo del delito.

Pero es que hay otra prueba en el proceso: Armando Guerrero, de quien se dice era el amante de Visitación Valencia, declara al folio 51 lo siguiente: "Es verdad y me consta que Visitación Valencia me envió una carta desde la cárcel de Túquerres y que la leí con Tránsito Tobar, en la misma que entre otras cosas decía: 'Que para librarse del esposo Pedro Cadena le había dado a comer higuerilla'."

Corrobora este testimonio la declaración de Tránsito Tobar, visible al folio 50 del expediente.

La misma procesada en careo con Armando Guerrero (f. 56 v.), se expresa así: "Es muy positivo que cuando estuve presa en la cárcel de Túquerres le mandé una carta al señor Armando Guerrero, con un hermano que tengo y entre otras cosas le mandé a decir que yo le dí a comer higuerilla a mi finado esposo Pedro Cadena, pero no pasó de allí otra cosa".

Sobre el valor probatorio de la confesión que el Tribunal creyó hallar en aquella carta, y prescindiendo del reparo que podría hacerse por el hecho de dabérsele exigido juramento a la Valencia en el careo, es preciso observar:

a) Que habiendo destruído la carta el destinatario en el mismo acto de recibirla y leerla, el Juez y el Tribunal de derecho no conocieron el texto de ella, con la circunstancia de que discrepan notablemente la Valencia y los testigos respecto al tenor literal de esa carta;

b) La Valencia, al fundamentar su recurso ante la Corte, da la siguiente explicación que no es posible rechazar a priori: "La confesión que yo hice bajo la gravedad del juramento que se me obligó a prestar, de que era yo quien había escrito una carta en que dije que había proporcionado higuerilla a mi marido, no es la confesión del hecho delictuoso, sino de otro (del de haber escrito esa carta en que tal decía) lo que hice con otros móviles completamente distintos y que no tienen que ver nada en este asunto: el captarme la simpatía de aquel a quien la dirigí," y

c) Aun aceptando la carta como una expresiva confesión, no puede olvidarse que el testimonio del propio acusado tiene un límite probatorio derivado del cuerpo del delito. "La confesión libre y espontánea hecha por el procesado en presencia del juez o del funcionario de instrucción y 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". (Artículo 1660 del Código de procedimiento criminal).

Demuestra el anterior análisis que la causal 3ª de casación resulta fundada, y que el fallo recurrido debe invalidarse para proferir sentencia absolutoria.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con 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, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pasto fechada el veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), en la cual se impuso a Visitación Valencia la pena de veinte años de presidio, y en su lugar absuelve a la misma Visitación Valencia del cargo de envenenamiento de su esposo Pedro Cadena que fue materia del proceso.

Dése aviso telegráfico al Tribunal de Pasto, para que se sirva ordenar la inmediata libertad de la acusada.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Mala B., Secretario.

HOMICIDIO

CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y UBICACION QUE DETERMINAN LA COMISION DEL DELITO.—CONCURSO RECIPROCO DE DELINCUENTES

En tratándose de un proceso, de un juicio, de un sumario, de una relación de hechos delictuosos e imputables al agente, al ejecutor de ellos, el período de tiempo en que ellos ocurran está señalado por las circunstancias no sólo de tiempo, sino de lugar, de ubicación, que determina el suceso individualizándolo, no sólo por el espacio día o por el espacio hora, que son medidas de tiempo, sino por otras notas características, complementarias y lo señalan como culminante, como separación de períodos más o menos largos, o más o menos cortos, en que se cumple el suceso. Por eso la ley usó el término EPOCA, pues la ejecución de un hecho puede ocurrir en distintas medidas de tiempo, que jalonan ese lapso por otras circunstancias complementarias.

El concurso recíproco no implica necesariamente la existencia de pacto, convención o acuerdo anterior. Puede haberlo y puede no existir. En el primer caso es consecuencia de la premeditación; en el segundo caso es una resultante de circunstancias variables, determinadas por ofensas, agresiones, ultrajes, peligros u otras causas anímicas, en que dos o más personas, sin acuerdo previo pero sí por un concurso fortuito surgido en el momento mismo en que se desarrollan los hechos, inherentes a ese momento, ejecutan actos de cooperación que concluyen en la consumación de un delito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

Gerardo Mejía ha interpuesto en tiempo oportuno recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior del distrito judicial de Manizales, de 13 de febrero de 1935, que confirmó la de primera instancia, proferida por el Juez 1º Superior de ese mismo distrito el 25 de marzo de 1933.

La sentencia confirmada impuso al recurrente la pena de seis años de presidio y las accesorias correspondientes, como responsable del homicidio de Eliseo Uribe, aplicando al caso el artículo 600 del Código Penal.

Trátase de una sentencia definitiva condenatoria en que la pena impuesta es de seis años de presidio. Cabe, por lo tanto, la interposición del recurso, que fue concedido por el Tribunal por haberse interpuesto, además, dentro del término que señala el artículo 6º de la ley 78 de 1923.

Alega el recurrente las causales segunda y tercera del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

La causal segunda consiste en:

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Refiriéndose a esta causal susténtala el recurrente en esta forma:

"En el auto de enjuiciamiento de fecha 15 de septiembre de 1932, flos. 98 a 102, se lee en su parte resolutiva: 'Por tanto, el Juzgado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto fiscal, abre causa con intervención del jurado a Gerardo Mejía y Antonio J. Valencia por el delito de homicidio...., consistente en la muerte que en concurso recíproco dieron a Eliseo Uribe, hecho cumplido en una de las calles de la población del corregimiento de Viterbo, correspondiente al municipio de Apía, la noche del 17 de enero de 1932...'

"No es verdad, como lo dice el auto de proceder en su parte resolutiva, que en la noche del 17 de enero se le haya dado muerte a Eliseo Uribe; en esa noche sólo fue herido el citado Uribe, y su fallecimiento no ocurrió esa noche, pues el ofendido fue herido a las ocho de la noche del día 17 de enero, y murió al día siguiente 18, como puede verse en el informe del mismo señor inspector de policía visible al flo. 21 de la causa.

"De manera, pues, que en el auto de enjuiciamiento se ha debido hacer constar, que el occiso había recibido la herida el 17 de enero, habiendo ocurrido la muerte el 18 del mismo mes; porque bien está que el delito de heridas se cometió el 17, pero la muerte ocurrió el 18, y sin embargo el Juzgado, al enjuiciar a Mejía, omitió esta im-

portantísima formalidad, que viene a viciar de nulidad la actuación, al tenor de lo dispuesto en el inciso 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, disposición ésta que trae consigo y clasifica las nulidades en todos los juicios criminales".

A este respecto dice el Procurador General de la Nación en su vista:

"El recurrente funda el primer motivo de casación, en que en el auto de proceder se dijo que la muerte de Eliseo Uribe había tenido lugar en la noche del diez y siete de enero de mil novecientos treinta y dos, siendo así que esa noche apenas fue herido y el fallecimiento ocurrió al día siguiente diez y ocho; y de esta circunstancia deduce que se incurrió en la nulidad de que trata el numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, consistente en haberse incurrido en equivocación relativa a la época en que el delito se cometió.

"Basta ver cómo define el Diccionario de la Lengua el vocablo época para comprender que es un período de tiempo indeterminado, no restringido, en caso alguno, a un día y mucho menos a unas horas. Curiosa quedaría la justicia aceptando nulidades provenientes de tan trivial fundamento. Lo importante es fijar aproximadamente cuándo se perpetró el delito".

El Capítulo 5º del Libro III, Título 8º del Código Judicial (Procedimiento Criminal vigente), reglamenta las nulidades en los juicios criminales. El artículo 264 de la ley 57 de 1887, sustitutivo del primitivo del código en cuanto a las nulidades en todos los juicios de esa índole señala en su inciso 7º, como formalidad necesaria del procedimiento, cuya falta de cumplimiento da origen a una nulidad procedimental, el incurrir en equivocación relativa a la denominación genérica del delito, a la época y lugar en que se cometió, o al nombre y apellido de la persona responsable o del ofendido.

La partícula o, disyuntiva, gramaticalmente significa que una equivocación en cuanto a cualquiera de las circunstancias que confronta el artículo, como determinativas del hecho por el cual se hace una inculpación y se abre una causa, es suficiente para constituir la nulidad.

Si el occiso Eliseo Uribe fue herido por Gerardo Mejía, estando en la riña en que tal ocurrió, también Antonio J. Valencia, condenado por ese hecho, y si ese suceso aconteció en la noche del 17 de enero de 1932, y Uribe murió al día siguiente, es decir el 18 de enero, cabe preguntar si esta diferencia de horas es una equivocación que genera la nulidad contemplada en el inciso 7º antes citado.

La Sala considera, de acuerdo con el concepto del Procurador, que esta diferencia de horas no constituye una nulidad, aun cuando en el auto de proceder se haya dicho que el homicidio se cumplió la noche del 17 de enero de 1932.

Para ello se funda la Sala en que la ley emplea el término época sustantivo que, entendido en su significación corriente, significa "período de tiempo que señala por los hechos históricos durante él acaecidos", "o, por extensión cualquier espacio de tiempo". Así define el vocablo, en sus significaciones corrientes el Diccionario de la Lengua; y así ha de entenderlo el juzgador porque ese es su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que deben tomarse en la ley en esa forma y sentido, según la regla consignada en el artículo 28 del Código Civil.

No cabe sinonimia entre la palabra día y la voz época. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es un medida de tiempo, indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte; y época, como ya se vio, expresa cualquier espacio de tiempo.

De otro lado en tratándose de un proceso, de un juicio, de un sumario, de una relación de hechos delictuosos e imputables al agente, al ejecutor de ellos, el período de tiempo en que ellos ocurran está señalado por las circunstancias, no sólo de tiempo sino de lugar, de ubicación, que determina al suceso individualizándolo, no sólo por el espacio día o por el espacio hora, que son medidas de tiempo, sino por otras notas características, complementarias y lo señalan como culminante, como separación de períodos más o menos largos, o más o menos cortos, en que se cumple el suceso. Por eso la ley usó el término época, pues la ejecución de un hecho puede ocurrir en distintas medidas de tiempo, que jalonan ese lapso por otras circunstancias complementarias.

No existe, pues equivocación, en el presente caso, en cuanto a la época en que ocurrieron los hechos que fatalmente culminaron con la muerte de Eliseo Uribe, y por ello no existe tampoco la nulidad sustancial alegada. No existiendo ella, en el juicio no ha habido violación de la ley procedimental. El corolario que se sigue es que la causal alegada no tiene asidero en el proceso. Por lo tanto, no puede prosperar. Así lo asienta la Sala.

Para inhibir la sentencia, el recurrente también alega una segunda causal; es ella la correspondiente al numeral 3º del artículo 3º de la ley 118 de 1931. Esta causal consiste:

"Ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito".

Susténtala en las siguientes razones el recurrente:

a) La letra del artículo 22 del Código Penal en su inciso 1º. Este inciso establece:

"Son autores del delito:

"1º Los que lo cometen espontáneamente, ya solos y aisladamente, ya en concurso recíproco entre dos o más".

b) El concurso recíproco implica acuerdo en la acción y en la voluntad; por lo tanto, para que exista el concurso recíproco menester es la premeditación.

c) La premeditación implica un pacto anterior, pues sin él no existiría concurso recíproco.

d) En el caso alegado el auto de proceder descartó la premeditación; eliminada ésta no surge, no puede surgir el concurso recíproco.

La Sala observa:

La causal 2ª alegada se refiere al error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

Cuerpo del delito es un hecho criminoso y punible según las leyes (artículo 1512 del C. J.).

En los autos tal hecho está acreditado de manera cierta.

Esas probanzas consisten:

En la diligencia de autopsia, hecha por médicos legistas y en la cual consta que la muerte del occiso se debió a varias heridas; en la acción que las produjo; acción voluntaria en Mejía e igualmente voluntaria en Valencia, actores ambos en la riña y cada uno de ellos en acción propia, pero unida en el tiempo, actuando sobre la misma persona y obrando simultáneamente con la misma finalidad: un ataque.

Hallándose así exteriorizados estos elementos, el concepto de cuerpo de delito, formado con ellos, y sobre el cual se levantó el proceso, no está errado. La apreciación de las pruebas del hecho criminoso y punible corresponde a la realidad. Y como la causal alegada se funda precisamente en el error de esa apreciación, su inexistencia de ella, impone el mantenimiento de la sentencia recurrida. El recurso, no puede prosperar por esta causal.

Con relación al argumento del concurso recíproco como fundamental de la premeditación, y ésta fue, en el presente caso descartada desde el auto de proceder, al razonamiento traído por el recurrente para demostrar que hubo error en la prueba del cuerpo del delito, la Sala anota:

La responsabilidad de un hecho punible puede recaer en uno o varios sujetos; depende de la forma de ejecución del delito. La punibilidad del acto criminoso la contempla la ley positiva con relación al proceso del hecho mismo, a la acción de los responsables. Nuestro Código Penal distingue, por esa razón y para estos efectos, entre autores, cómplices, auxiliadores y encubridores.

El artículo 22 del Código Penal establece cuatro categorías de autores. El inciso primero de ese artículo contempla una de esas categorías: la principal; aquella en que la acción y la voluntad operan de consuno. Ese mismo inciso se refiere a quienes ya solos y aisladamente cometen el delito, o a quienes lo ejecutan en concurso recíproco.

El concurso recíproco no implica necesariamente la existencia de pacto, convención, acuerdo anterior. Puede haberlo y puede no existir. En el primer caso es consecuencia de la premeditación; en el segundo caso es una resultante de circunstancias variables, determinadas por ofensas, agresiones, ultrajes, peligros u otras causas anímicas, en que dos o más personas, sin acuerdo previo pero sí por un concurso fortuito surgido en el momento mismo en que se desarrollan los hechos, inherentes a ese momento, ejecutan actos de cooperación que concluyen en la consumación de un delito. Acontece esto generalmente en los delitos de sangre.

El Código Penal, habida consideración de esta posibilidad, determinó en el inciso 1º, que quienes cometen el delito espontáneamente en concurso recíproco, son autores. Concurso significa ayuda, asistencia para una cosa; reciprocidad expresa correspondencia mutua.

En el caso que se estudia hubo concurso recíproco, pero no existió premeditación, ni pacto anterior, lo cual no excluye como lo pretende el recurrente, la existencia del concurso recíproco.

El hecho ocurrió en la forma siguiente:

"De las nueve a las diez de la noche del diez y siete de enero de mil novecientos treinta y dos, en el corregimiento de Viterbo, jurisdicción del municipio de Apía, Eliseo Uribe (ofendido), y Eduardo Mejía tuvieron un encuentro personal, por asuntos triviales de familia, trabándose entre ambos una ligera riña, sin consecuencias. Gerardo Mejía, hermano de Eduardo, noticiado del incidente, montó en cólera contra Uribe y se propuso vengar por su propia cuenta la ofensa a su hermano. Armado de peinilla, arma que le prestara Antonio Valencia, y en compañía de éste, fueron en busca de Uribe, hasta encontrarlo en la tienda de Telésforo Cárdenas.

Enterado Valencia de la presencia de Uribe, avisó a Mejía, quien se acercó inmediatamente a Uribe, estableció riña con él y le abrió una herida en la cabeza, así como también le seccionó parte del dedo índice de la mano izquierda. Entre tanto, y mientras Uribe reñía con Mejía, se acercó Valencia, armado de cuchillo, y le asestó una cuchillada en la región abdominal a Uribe. El conflicto terminó y pocas horas después sobrevino la muerte del último".

La narración anterior muestra que Mejía atacaba y hería a Uribe cuando Valencia, su compañero, asestaba casi simultáneamente una cuchillada a Uribe. Fue una riña en que hubo dos agresores que obraron espontáneamente, que se ayudaron en el ataque, por lo cual hubo reciprocidad. Pero en esa riña, y para producir los efectos de las cuchilladas, no hubo concierto previo, premeditación, descartadas en el auto de proceder, pero sí un acuerdo fortuito ocasional cuando ambos herían simultáneamente a la víctima.

Lo que acontece en fenómenos de esta naturaleza es que se confunde la codelincuencia con la complicidad. Jurídicamente son dos modalidades distintas de la responsabilidad. La complicidad presupone un autor principal, un motor, una voluntad dirigente que es cooperada, a sabiendas, por otro u otros en la ejecución del delito.

En la codelincuencia ambos autores proceden con voluntad propia, no dirigida o impulsada por otro.

Y como queda dicho esta determinación en la acción puede surgir sin pacto anterior, por circunstancias ocasionales en que sólo la unidad de tiempo crea el lazo de la responsabilidad inherente del concurso recíproco.

Por último, en relación con el argumento propuesto del concurso recíproco como índice necesario de premeditación, es de observarse, que de ser cierto él afectaría el proceso desde el punto de vista de la responsabilidad, pero no desde el punto de vista del cuerpo del delito, como el recurrente pretende, alegando la causal tercera.

En mérito de lo expuesto, 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 de fecha 13 de febrero de 1935 del Tribunal Superior del distrito judicial de Manizales, condenatoria de Gerardo Mejía a seis años de presidio y a las accesorias correspondientes por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Eliseo Uribe.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Lalo B., Srio. en ppdad.

HOMICIDIO

NULIDAD POR OMISION DE FORMALIDADES LEGALES DE PROCEDIMIENTO

La observancia de las formas propias de cada juicio, es el sometimiento a las leyes procedimentales, que aseguran la libertad de defensa y la plenitud del juicio. Si una de ellas falta, se omite o se yerra en su ejecución, lo formal vulnera la garantía constitucional y de allí que para su integridad la ley consagra la nulidad en lo que actuado adolezca de tacha.

Es al acusado a quien directamente interesa examinar el personal que va a juzgarlo, para que así pueda hacer la escogencia y recusar el juez que no le convenga.

Cuando el procesado se halla detenido, es necesario notificarle el auto de señalamiento de sorteo de jurados, de lo contrario la diligencia correspondiente no puede considerarse legal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, julio veintinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El Juzgado 1º Superior de Pasto, condenó por sentencia de 24 de agosto de 1935, a Arquímedes Achicanoy a la pena fija de veinte años de presidio, como responsable del asesinato de José Eustorgio Jojoa.

El Tribunal Superior de Pasto confirmó el fallo de primera instancia. La sentencia confirmatoria dictóse el 14 de octubre de 1935.

Achicanoy oportunamente interpuso recurso de casación que le fue concedido por el Tribunal el 14 de noviembre siguiente.

Sin referirse a causal concreta alguna de las señaladas en el artículo 3º de la ley 118 de 1931, el reo trata de fundamentar el recurso en la violación de la ley penal, por cuanto la sentencia del Tribunal se basó en la alevosía al aplicar la ley, y la alevosía no aparece demostrada.

El señor Procurador General de la Nación desecha la alegación del reo, que implícitamente constituye la causal primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y motiva la casación en la segunda del citado artículo, esto es en "ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por cuanto se ha dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Para ello apóyase el Procurador en el artículo 6º de la ya aludida ley, y encontrando ese fundamento, para que la Corte entre en estudio de fondo del recurso, concluye que la sentencia debe infirmaare para reponer la actuación.

La crítica del Procurador a lo actuado en este proceso, versa sobre nulidad sustancial, dependiente de la violación de los artículos 276 y 265 de la ley 57 de 1887, que son claros preceptos de garantía procedimental. La inobservancia de ellos ha viciado este juicio de nulidad insubsanable. Ese vicio procedimental constituye, precisamente la causal segunda hallada por el señor Procurador.

Sosteniendo los dos motivos de nulidad encontrados el Procurador dice:

"Primer motivo de nulidad. Es el previsto en la primera parte del numeral 4º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, porque en la diligencia de sorteo de jurados se incurrió en graves anomalías, hasta no saberse cuáles eran los designados que realmente debían formar parte del cuerpo de jurados.

"Realmente, la diligencia de sorteo de jurados es la más trascendental para el acusado, porque en ella se eligen los jueces que han de decidir de su responsabilidad. De ahí que el sorteo deba ser exento de toda duda, capaz de trastornar la recta elección de esos jueces.

"Por eso, el artículo 276 de la ley 57 de 1887 indica claramente cómo debe llevarse a efecto esa diligencia, en los siguientes términos:

"El sorteo se verificará de la manera siguiente: habrá un número de bolas igual al de los designados, numeradas en el mismo orden. Se pondrá de presente la lista de los designados y las bolas colocadas en el orden de su numeración, para que las partes puedan cerciorarse de que no hay bola de menos ni número repetido. Luégo se insacularán las bolas, y el Juez sacará, una a una, un número igual al de los designados que puedan recusar los acusados, el Fiscal y acusadores particulares que haya, más tres. Cada procesado y cada acusador particular podrá recusar libremente un designado y el Fiscal tantos cuantos sean los

que tengan derecho de recusar todos los procesados. Si todos usaren de este derecho, los tres que resten compondrán el jurado; pero si alguno no hubiere comparecido, o no recusare, entonces de las que resten se sacarán a la suerte los tres individuos que deben componerlo. Si alguno de los procesados no compareciere al sorteo, podrá representarlo, para el efecto de recusar, su respectivo defensor'.

Vista la diligencia de sorteo practicada en este juicio (fs. 67 del cuaderno principal), se observan estas irregularidades: que no entraron en juego sino seis fichas o nombres, debiendo ser siete, al tenor del artículo transcrito y del 1º de la ley 1ª de 1923; que no se recusó a la suerte el jurado que le correspondía al señor Fiscal, como lo dispone la ley; y lo que es más grave, que al procesado no se le dio la representación principal en esa diligencia para que él mismo recusara su juez. Sólo cuando el procesado no compareciere, 'podrá representarlo, para el efecto de recusar, su respectivo defensor', dice el artículo 276, transcrito.

"Y eso es lo lógico, porque es al acusado a quien directamente interesa examinar el personal que va a juzgarlo, para que así pueda hacer la escogencia y recusar el juez que no le convenga.

"Tan importante es esta intervención del acusado en el sorteo, que la Corte Suprema de Justicia declaró nulo un proceso por el solo hecho de no haber recusado él directamente, sino su defensor. (Véase la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1934, en la casación por homicidio contra Pedro Luis y Antonio Emilio Agudelo, que aún no ha sido publicada en la GACETA JUDICIAL).

"Segundo motivo de nulidad:

"Es el previsto por el numeral primero del artículo 265 de la ley 57 citada.

"En verdad, al folio 69 vuelto del cuaderno principal, obra una diligencia de sorteo parcial de dos jurados, que se llevó a efecto sin la presencia e intervención del acusado.

"De nada vale notificarle a él el auto que señala día para el sorteo, si no se le lleva a la oficina del Juzgado para que pueda ejercer el derecho que le concede principalmente la ley en esa diligencia. En tales circunstancias, esa omisión es tan grave como no haberse notificado a una de las partes el auto que señala día para el sorteo de jurados, siempre que la diligencia se practique sin la asistencia de la parte notificada, tal como lo prevé aquel artículo y como ocurrió en este negocio.

"Y esta ha sido la jurisprudencia invariable de la Corte, que, para mayor ilustración, pasa a transcribirse:

"Por último, aun cuando uno de los autos en que se señaló día para sorteo parcial de jurados, fue notificado a la procesada, no se le llevó a la diligencia, a pesar de que se encontraba detenida.

"El artículo 21 de la ley 135 de 1888 no exigía la notificación y citación previas para practicar esta clase de sorteos; pero el artículo 3º de la ley 1ª de 1923 dice que 'el sorteo parcial que haya de hacerse para reemplazar a cualquiera de los jurados ya sorteados, en los casos previstos en la ley, se verificará siempre con citación de las partes', y que 'la no concurrencia de éstas no impedirá llevar a cabo el nuevo sorteo, debiendo dejarse en el acta las constancias correspondientes'; pero si esa no concurrencia no depende de la parte notificada sino del Juzgado, como sucede cuando el procesado se halla detenido, la diligencia practicada sin la asistencia de esa parte no puede considerarse legal.

"Notificar a una persona para la práctica de una diligencia e impedirle que concurra a ella, como prácticamente se hizo en el presente caso, es anular los efectos de la notificación, lo que, como lo ha dicho esta Sala en recientes casaciones, equivale a no haberse hecho tal notificación'. (Sentencia de 15 de septiembre de 1927, en la casación de Bernarda Benavides, por homicidio. GACETA JUDICIAL Nº 1800, página 39, Tomo XXXV).

"En tal virtud, la Procuraduría General de la Nación pide a la honorable Corte infirme la sentencia recurrida y ordene la reposición del proceso a partir del auto de tres (3) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935), inclusive, que señaló día para el sorteo de jurados (fs. 66 vta.)".

Aparte de estos dos fundamentos que jurídicamente sustentan la causal, y que la Sala acoge, hállase como complementario el principio constitucional del artículo 26 de la Constitución Nacional, que en materia de garantías consagra la del juzgamiento en estas dos condiciones: a) ante Tribunal competente; y b) con observancia de las formas propias del juicio.

La observancia de las formas propias de cada juicio, es el sometimiento a las leyes procedimentales, que aseguran la libertad de defensa y la plenitud del juicio. Si una de ellas falta, se omite o se yerra en

su ejecución, lo formal vulnera la garantía constitucional y de allí que para su integridad la ley consagra la nulidad en lo que actuado adolezca de tacha.

Tal el caso presente, en el cual reconocida la existencia de la nulidad alegada por el Procurador, resultante de los autos, la sentencia debe infirmarse.

Esta conclusión hace innecesario estudiar y discutir sobre la aplicación de la ley penal. La causal 2ª llega a la casación con base en una garantía constitucional y sobre lo prescrito en la ley procedimental inequívocamente.

Por lo expuesto 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, casa la sentencia recurrida, por la causal 2ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y de conformidad con el artículo 4º de esta misma ley, ordena la reposición del proceso a partir del auto de tres de mayo de mil novecientos treinta y cinco, inclusive, que señaló día para el sorteo de jurados. (Fs. 66 vto.).

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

HERIDAS.—LESION LEVE

La pérdida de un ojo debe considerarse como lesión leve, toda vez que no afecta todo el órgano de la visión y tampoco inhibe para trabajar en forma ordinaria, aunque no completa, y por tanto, en este caso, cuando se halla demostrado por el dictamen pericial, es aplicable el inciso 2º del artículo 645 del Código Penal, pues de lo contrario no tendría objeto el inciso 4º de dicho artículo, que se refiere al caso de una notable deformidad física, de una perpetua incapacidad para trabajar como antes, caso que sí ocurre cuando hay privación total del órgano, la pérdida de ambos ojos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

La presente causa versa sobre heridas. La sentencia con que terminó es del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Idéntica fecha de 5 de julio de 1935 y es confirmatoria de la de primera instancia pronunciada por el Juezgado 2º del Circuito de Pasto de 15 de marzo de 1935, que condenó a José Ignacio Gálvez, por violación del artículo 645 del Código Penal y calificando la delincuencia en tercer grado, a seis años de presidio y a las penas accesorias correspondientes.

No modificó concepto alguno, ni apreciación integral de los hechos, ni el señalamiento de la pena, el Tribunal, al revisar la sentencia de primera instancia. Reafirmó la sanción de seis años de presidio aplicando el artículo 645 de la ley penal.

Notificada la sentencia definitiva, el reo interpuso en oportunidad el recurso de casación, que le fue concedido, viniendo así los autos a conocimiento de la Corte, en donde se le ha dado al recurso la tramitación de regla, concluída la cual se pasa a fallarla, teniendo en cuenta las consideraciones que siguen:

a) Cabe la demanda de casación porque la sentencia contra la cual se ha incoado, es definitiva, pronunciada por un Tribunal Superior de Distrito Judicial, y porque impone al reo la pena de seis años de presidio. (Art. 1º, ley 78 de 1923);

b) El reo ha sustentado el recurso. Lo funda en la causal primera del artículo 3º de la ley 78 de 1923;

La causal invocada permite atacar el fallo cuando éste es violatorio de la ley penal por una mala interpretación de ella o por su indebida aplicación al caso concreto:

c) El Procurador conceptúa en su vista, después de analizar la causal invocada y con-

frontar los elementos jurídicos de la sentencia y los hechos que el fallo recurrido debe mantenerse firme.

El hecho delictuoso, que las sentencias de primera y segunda instancia sancionan con el artículo 645 del Código Penal, es en extremo sencillo. Trátase de un delito de heridas. José Ignacio Gálvez, después de injuriar a Blas Armero en la plaza de mercado de la población de Nariño, le dio dos golpes con la mano en la cara, uno de ellos en el ojo. El hecho ocurrió el 20 de agosto de 1933. De resultas de este maltratamiento, sobrevino al ofendido Blas Armero la pérdida de la vista del ojo derecho, circunstancia comprobada por concepto médico-legal en el proceso.

Al respecto consta en los autos:

1º Que al día siguiente del encuentro de Gálvez y Armero, es decir el 21 de agosto, en el Corregimiento de Nariño, fue reconocido por dos testigos, que aunque no peritos, constataron que el ojo derecho "había sido picado adentro hacia el lagrimal, con un arma que parece haber sido de punta, lo mismo que de esta herida mana sangre". Concluyen los reconocedores que dados los caracteres de gravedad de la herida, el ofendido perderá el ojo.

2º Que examinado Blas Armero por los médicos legistas de Pasto, cinco días después, conceptuaron que quedaría con un defecto físico permanente por la pérdida del ojo; y que ningún tratamiento racional sería eficaz. Este concepto lo ratificaron el 1º de septiembre. En esa ratificación se dice: ... "Hay, pues, en este ojo una verdadera panoftalmitis (pérdida del ojo), ya que la pérdida de la visión clara, la atrofia del globo ocular, la quémosis conjuntival, la opacidad de la córnea, el vaciamiento del humor vitrio por la herida descrita anteriormente, indica una enucleación de urgencia (sacada del ojo) bajo pena de tener un órgano muerto capaz de producir una infección que puede conducir hasta la misma muerte. En vista de lo anterior, deducimos: 1º El estado actual, la imposibilidad física para el trabajo, es de doce días; 2º Tiene un defecto físico de por vida: por la pérdida del ojo; 3º Actualmente ningún tratamiento racional puede devolver el ojo; 4º No podemos conceptuar si al momento que pasó el accidente pudo haber sido tratado con éxito".

3º Que el 11 de junio de 1934, ante el Juzgado 2º del Circuito de Pasto, los médicos legistas reafirmaron un concepto emitido el 3 del mismo mes. Este dictamen concuerda con el reconocimiento de 1º de septiembre de 1933, el cual dice que la herida debe ocasionar quince días de incapacidad, pero dejando deformidad y defecto físico leve por la pérdida de la vista del ojo y la fealdad del mismo.

De los reconocimientos aludidos se concluye:

1º Que hubo un golpe en el ojo del agredido Armero;

2º Que ese golpe trajo como consecuencia la pérdida de la vista. Pudo ser inferido con arma o sin ella tal golpe. Pero la consecuencia fue la pérdida de la vista.

Las heridas, golpes y malos tratamientos, en general, de lesiones que afecten a un individuo, que le produzcan incapacidades transitorias o permanentes, determinan la responsabilidad del autor según las consecuencias que se derivan directamente de la lesión.

En el presente caso, el recurrente alega que hay incongruencia en los conceptos de los facultativos porque no los han expuesto con certeza plena.

La Sala observa que el hecho sometido a la pericia de los facultativos no fue la discriminación de si la herida o maltratamiento se ejecutó con arma o sin ella, sino el examen de los defectos producidos.

Los peritos encontraron en la cara de Armero una cicatriz y como su consecuencia, la pérdida de la vista del ojo derecho.

Tampoco empece el que los testigos del acontecimiento no declaren que Gálvez usara arma al golpear a Armero, que es otro de los hechos que alega el recurrente en apoyo de la causal, para concluír que no hubo herida sino contusión, y que por lo tanto no fue él el autor de la herida en el ojo de Armero.

Pero como lo observa el señor Procurador, con un simple golpe de mano puede producirse la lesión. El maltratamiento está comprobado, y no hay prueba alguna en el proceso de que después del hecho hubiere ocurrido otro acontecimiento que originase la lesión, o que hubiese sobrevenido por causa distinta.

La sentencia recurrida aplicó el artículo 645 del Código Penal en su inciso 1º Esa sanción es pertinente cuando por resultas de las heridas o maltratamientos ocurre la pérdida de algún miembro u órgano principal o existe una notable deformidad física o una perpetua incapacidad para trabajar como antes. La sanción es, en ese caso, de seis a diez años de presidio.

El inciso 2º de ese mismo artículo se refiere a lesión leve, o sea cuando no es de mucha importancia el órgano o miembro o

la parte de cuerpo inutilizada, o cuando no es muy notable la deformidad física o cuando no produce grave perjuicio al ofendido. Reduce la pena el Código en atención a esas consecuencias, de tres a seis años de presidio.

En el último reconocimiento de los médicos legistas dijeron que la deformidad, el defecto físico era leve por la pérdida de la vista en un ojo.

La alusión del inciso 2º a no ser muy notable la deformidad física y la calificación de leve hecha por los médicos legistas, ya que la pérdida de la vista de un ojo no afecta todo el órgano de la visión y tampoco inhibe para trabajar en forma ordinaria aunque no completa, está indicando que al caso es aplicable el inciso 2º No el primero, como lo hizo la sentencia. Doctrina es ésta constante de la Corte, pues de lo contrario no habría ocasión ni tendría objeto el inciso 1º del mismo artículo 645, que se refiere al caso de una notable deformidad física, de una perpetua incapacidad para trabajar como antes, caso que sí ocurre cuando hay privación total del órgano, la pérdida de ambos ojos. Mas el reconocimiento médico-legal y las demás constancias de los autos han establecido que el ofendido sólo perdió un ojo.

De lo dicho se deduce que la lesión y sus efectos deben sancionarse con la pena que determina el inciso 2º y no el 1º Lo que equivale a decir que la sentencia ha hecho una mala aplicación de la ley, es vulnerable por la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y que consecuencialmente debe casarse.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo con el Sr. Procurador Gral. de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en desarrollo del art. 4º de la ley 118 de 1931, invalida la sentencia recurrida y en su lugar condénase a José Ignacio Gálvez, mayor de edad y vecino de Pasto, por violación del artículo 645 del Código Penal en su inciso 2º, previa calificación de su delincuencia en tercer grado, a sufrir la pena de tres años de presidio en el lugar que designe el Gobierno, a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el Estado, y al pago de las costas procesales.

Dése cuenta, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Nº 944, al respectivo Jurado electoral para los efectos del sufragio.

Hánse apliacado los artículos 645, inciso 2º del Código Penal; 124, 87, 42 de la misma obra. De conformidad con el artículo 75 de la ley 100 de 1892, compútase al reo el tiempo de la detención preventiva, como parte de la pena que se le impone por esta sentencia.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Malo R., Srio. en ppd.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

JUICIO DE RESPONSABILIDAD

Recusado un Magistrado o Juez en un asunto dado no debe seguir conociendo de él, aunque alegue que no va a fallar en el fondo mientras se decide el incidente de recusación, no solamente porque lo veda la delicadeza personal, sino porque la disposición del artículo 147 del Código Judicial es perfectamente clara. En casos tales, el Juez o Magistrado que conocen del negocio usurpan jurisdicción, de conformidad con el artículo 148 del mismo Código.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto diecinueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

Por auto de 27 de marzo de 1935, la Corte Suprema abrió juicio de responsabilidad por los trámites extraordinarios al doctor Juan Antonio de la Espriella, Magistrado entonces del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena por los cargos de usurpación o impedimento de las funciones de las autoridades públicas, y por el que el Código Penal denomina "empleados públicos que no obedecen o no cumplen las leyes u órdenes superiores; que impiden o embarazan, o se conciertan para impedir o embarazar su ejecución o la de algún acto de justicia o que incurran en otras faltas de subordinación y asistencia al desempeño de sus obligaciones".

Como está concluído el procedimiento especial de esta clase de juicios, la Corte procede a fallar lo conducente, teniendo en cuenta las consideraciones que siguen:

Primer cargo.—Usurpación de jurisdicción

Consiste este cargo en que en un asunto sobre restitución de término probatorio en el juicio seguido por Carmen A. de Brieva contra Narciso G. Brieva, que se hallaba en el Tribunal de Cartagena, el doctor De la Espriella, como Magistrado, a pesar de haber sido recusado por una de las partes, continuó actuando en el negocio durante algún tiempo.

Sobre este cargo, el acusado en su informe dice:

"El señor Carmelo Saladén T., presentó, con fecha ocho de septiembre de mil novecientos treinta y tres, un escrito en que se recusaba para que siguiera conociendo del negocio en que era parte, el cual negocio se refiere a la articulación sobre restitución del término probatorio en el juicio de cuentas promovido por la señora Carmen Brieva contra Narciso Brieva; pero ese escrito le fue devuelto por no estar bien dirigido. Ese memorial fue después corregido y, con fecha doce de septiembre del mismo año, los señores Magistrados doctores Burgos y Morillo dispusieron que rindiera yo el informe de que trata el artículo 444 del Código Judicial. El diez y nueve de septiembre del mismo año recibí el negocio y el mismo día tuve a bien expresar en mi informe lo que sobre la enemistad grave propuesta por el señor Saladén T., había en verdad.

"Desde ese día, realmente debió quedar suspendida la jurisdicción, si se atiene a lo preceptuado por el artículo 147 del Código Judicial.

"Pero es el caso que la tramitación del negocio en que estaba interesado el señor Saladén T. consistía únicamente en fijar en lista el asunto, y eso se había dispuesto por auto de fecha once de julio de mil novecientos treinta y tres, para luégo resolver en el fondo la apelación.

"Una lluvia de memoriales no se hizo esperar, como se ve en la enorme papelada que el señor Saladén T. tuvo a bien levantar, y posiblemente por falta de malicia y por creer que debía resolver en el fondo la recusación para quedar el suscrito separado del negocio, le hizo incurrir en lo que la honorable Corte ha llamado usurpación de jurisdicción.

"Creí de buena fe, y nadie está exento de errores, que conforme al artículo 444 del Código Judicial, era indispensable que se me declarara separado del conocimiento del asunto para que perdiera o quedara suspendida la jurisdicción; pero en todo caso, es palpable que si yo decidí algunos escritos del denunciante acusador Saladén T., lo fue porque él me los dirigía como Magistrado a mi propio nombre, y cosa rara, en muchos de ellos le concedí razón en lo que pedía, como puede verse en el expediente.

"En esas condiciones, yo pregunto: Qué malicia pudo haber en ese procedimiento, si yo no le fallé al señor Saladén T., su negocio en el fondo, sino que me limité a resol-

ver el cúmulo de escritos que él a diario presentaba, unos sobre errores, otros sobre irregularidades cometidas en la Secretaría del Tribunal?

"Si incurrí en error lo fue por la misma insistencia con que la provocó el señor Saladén T., y la prueba de ello está en que ya al fin el señor Saladén T., con la deslealtad y sevicia que ha puesto de bulto, dijo en la última notificación que me acusaría por usurpación de jurisdicción.

"De los diversos escritos y solicitudes que el señor Saladén T. dirigió al Magistrado y que éste le resolvió, se desprende que no pudo haber malicia en la violación de la ley si acaso hubo esto, pues, como se ha dicho, la decisión final no fue dictada, y patente está que todos los autos proferidos fueron provocados por el referido Saladén T.

"De ahí que como el artículo 271 del Código Penal, que sería aquí el aplicable por haber la honorable Corte considerado que el juicio se abría por los trámites extraordinarios (artículo 360 de la ley 105 de 1890), requiere como elemento constitutivo del delito de usurpación de funciones, las circunstancias de ser a sabiendas y con malicia, circunstancias que deben concurrir copulativamente, forzoso es concluír que no existe la infracción legal, pues, ninguna malicia pudo caber en él. Otra cosa sería que se hubiera fallado el asunto en el fondo.

"Pero aun cuando hubiere culpa, la Corte, al dictar su auto de llamamiento a juicio, no se fijó en que habiendo sido repartido el negocio en que estaba interesado el señor Saladén T., en sala unitaria, el auto pidiendo el informe al Magistrado recusado no correspondía dictarlo a los señores doctores Burgos y Morillo, porque el que estaba en turno era el primero. No se trataba de sala plural de decisión. Eso, de acuerdo con el artículo 442 del Código Judicial.

"Luego, en ese caso tampoco fue legalmente admitida la recusación (artículo 147 del Código Judicial) porque los dos Magistrados no tenían jurisdicción para decidirla".

En su informe, el mismo acusado conviene en el hecho de la suspensión de su jurisdicción, como se ve en el párrafo segundo transcrito; pero se disculpa diciendo que no falló en el fondo el negocio y que creyó de buena fe que conforme al artículo 444 del C. J., era indispensable que se le declarase separado del conocimiento del asunto, para que la jurisdicción quedara suspendida.

Podía pensarse que en realidad se tratara de un caso de interpretación equivocada de los preceptos del Código Judicial, relativos a impedimentos y recusaciones de funcionarios judiciales. Pero al confrontar el artículo 147, se encuentra que la parte final del ordinal 2º establece lo siguiente: "La jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados: ..... 2º ..... por recusación desde que el Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficialmente, que ha sido negada la recusación".

Como la "enemistad manifiesta entre el Juez y alguna de las partes, su apoderado o representante", está erigida en causal de impedimento y recusación (numeral 15 del artículo 435 del C. J.); y como de autos consta que el doctor de la Espriella fue recusado por esa causal y que se le dio curso al respectivo incidente, no vale alegar error de apreciación sobre los términos del artículo 444, porque la disposición del artículo 147, arriba trascrita, es perfectamente clara. Además, el artículo 148 del Código Judicial, dice que "usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente".

Cuando se trata de casos en que va directamente interesada la delicadeza personal, como es el de un Magstrado a quien se recusa, debería bastar aquel *simple* sentimiento de delicadeza para inhibir al Magistrado del conocimiento del negocio, en defensa también del concepto de imparcialidad que debe rodear los actos de los juzgadores; y como la ignorancia de las leyes, menos aún que los particulares pueden alegarla los Magistrados como excusa, resulta que en el cargo que se estudia contra el ex-Magistrado doctor de la Espriella, no están desvirtuados los elementos constitutivos de la infracción por la cual se abrió esta causa de responsabilidad.

Es, pues, el caso de aplicar las sanciones señaladas por el artículo 271 del C. P., en tercer grado por no haber circunstancias agravantes.

SEGUNDO CARGO

Abandono del empleo

Se hace consistir en que el doctor de la Espriella extralimitó en seis días la licencia presidencial que por cinco se le concedió cuando ejerció el cargo de Magistrado del Tribunal de Cartagena.

Para justificarse de este cargo el doctor de la Espriella al rendir su informe presentó unos certificados médicos tendientes a acreditar que su retardo en volver al ejercicio de su cargo se debió a motivos de salud.

Debe confrontarse este cargo con dos disposiciones legales: La del artículo 13 (numeral 4º) del Código Judicial, y la del 526 del Código Penal.

Dice este último:

"El funcionario o empleado público que estando en posesión de un destino de voluntaria aceptación, lo abandone, aunque sea temporalmente, sin previa licencia del que deba darla; y el que, sin ella, deje de asistir a cumplir con sus deberes, o no vuelva a desempeñarlos, cumplida la licencia que había obtenido, no estorbándoselo ninguna enfermedad u otro impedimento legítimo, sufrirá una multa de diez a cien pesos, si la falta o abandono de su destino no excediere de diez días; pero si pasare de este término, la pena será la de privación del empleo. En iguales penas incurrirá si, existiendo el impedimento, no lo avisa, inmediatamente que pueda, a la autoridad a quien corresponda otorgar la licencia".

Conforme al artículo 13 del C. J., "los destinos o empleos judiciales se pierden: ..... 4º Por no presentarse el empleado a desempeñar su destino, vencido que sea el término de la licencia que se le haya concedido".

No cabría aplicar en esta sentencia la disposición del Código Judicial, de naturaleza disciplinaria, y que implica la declaratoria de vacancia del puesto por la entidad que hizo el nombramiento, desde luego que el doctor de la Espriella no ocupa hoy el cargo en el cual pudo producirse la vacante.

Tampoco son aplicables las sanciones de que trata el artículo 526 del C. P., porque en el plenario se desvirtuaron los elementos que dicho artículo exige como constitutivos de la infracción punible. Por una parte, el doctor de la Espriella se había ausentado con licencia, y de otro, aparece que su retardo en volver al ejercicio de las funciones se debió a enfermedad.

Respecto de este cargo se debe, pues, absolver.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo 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, absuelve al ex-Magistrado doctor Juan Antonio de la Espriella del cargo de abandono del empleo (Libro II, Título 10º, Capítulo 5º, C. P.), que le fue formulado en el auto de proceder; y lo condena a pagar al Tesoro Nacional una multa de cuatro pesos ($ 4.00) moneda corriente, por el delito de usurpación de jurisdicción (Libro II, Título 4º, Capítulo 2º, C. P.), con apercibimiento.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, dése cuenta al Administrador de Hacienda Nacional de Bolívar y archívese el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mala R., Srio.

LA CONDENACION OFICIOSA AL PAGO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR EL DELITO, AUNQUE VIOLA EL ARTICULO 22 DE LA LEY 104 DE 1922, NO ES MOTIVO DE CASACION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

La sentencia de fecha trece de febrero del corriente año, proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, impuso a Juvenal Sierra la pena de seis años de presidio y a Primitivo Sierra la de nueve años de presidio, por el delito de homicidio que los dos ejecutaron en la persona de José Sulpicio Cárdenas.

El doctor Francisco Puyana M. recurrió en casación, alegando las causales 1ª y 2ª, que la Corte procede a estudiar en orden inverso, por ser el mismo adoptado por el recurrente y por el señor Procurador General de la Nación.

Violación de la ley procedimental

La hace consistir el recurrente en que los trámites del juicio adolecen de una nulidad, cual es la de estar mal hecho el sorteo de jurados, y explica el punto así: "De acuerdo con la ley es el procesado quien tiene derecho de recusar en el momento del sorteo. En el caso de autos, como puede verse en la diligencia que obra al folio 129 del cuaderno principal, consta que "los procesados Primitivo y Juvenal Sierra, por medio de su defensor doctor Francisco Puyana M." recusaron a los señores Gabriel Silva Vargas y Luis Alberto Olarte; por consiguiente, la recusación quedó mal hecha, y "con esta actitud el procesado quedó privado de un derecho que es indelegable". "En consecuencia esa manera de recusar que empleó el Juzgado 2º Superior violó un artículo expreso de la ley e hizo que no pudiera saberse cuáles eran los designados que realmente formaban el jurado".

Es de anotar que el distinguido abogado recurrente que alega la nulidad fue quien, como defensor, intervino en la diligencia de sorteo de jurados, sin que en ese acto encontrara razón para formular reclamo como lo hace ahora.

El señor Procurador delegado en lo penal refuta con bastante claridad los argumentos del recurrente, así:

"....La ley ha reconocido a los procesados el derecho de recusar cada uno de ellos a un jurado, con el objeto de evitar que en la lista de las personas que han de componer el tribunal de hecho pueda incluírse el nombre de alguna que por cualquier motivo, infunda el temor al acusado de poderlo perjudicar, al absolver los cuestionarios. Constituye, por tanto, esta facultad una garantía para el procesado, pues por medio de ella se evita el peligro de una respuesta del jurado influenciada por parcialidad o por algún factor similar.

Bien se comprende que no hay prohibición, ni habría razón de que la hubiera, para que el interesado en el acto del sorteo, ejercite la facultad de recusación por medio de su defensor, quien, en la mayoría de los casos, conoce mejor que su defendido el personal de los ciudadanos sorteados y está en capacidad más elevada de apreciar cuál de esos ciudadanos reúne condiciones que puedan hacer menos propicia la actuación del abogado en la audiencia o que dificulten la defensa, en general...."

Además de lo dicho por el señor Procurador, debe advertirse que la frase del acto del sorteo no enuncia precisamente la idea de que el defensor hubiera hecho, como apoderado, la recusación; lo que allí se expresa es algo bien distinto: "en uso del derecho de recusación.... los procesados Primitivo y Juvenal Sierra por medio de su defensor doctor Francisco Puyana M." tacharon dos de los nombres sorteados. No puede ser más enfática la declaración de que los procesados ejercitaron allí su derecho de recusar; y sería excesivo considerar nula aquella diligencia por cuanto el abogado defensor hubiera asesorado en ella a sus clientes, como es de consuetudinaria ocurrencia.

No encajan, pues, los reparos aducidos dentro de los ordinales 2º o 4º del artículo 255, ley 57 de 1887, en los cuales ha querido apoyarse el recurrente, y, en consecuencia no puede el recurso prosperar por la causal 2ª.

Al final del alegato de casación se formulan algunos reparos, también en cuanto al procedimiento, y que se refieren a la omisión del Juzgado a quo en hacer comparecer unos declarantes a las audiencias del juicio, cosa que pretendía el defensor "para demostrar la falsedad de esas pruebas", según él dice.

Ni el mismo recurrente considera que tal cosa alcance a ser motivo de casación, y la invoca sólo como argumento de carácter colateral, lo que releva a la Corte de la necesidad de detenerse en el análisis de esa materia.

Indebida aplicación de la ley penal

Por dos aspectos presenta esta causal el recurrente:

1º Según él, debió aplicar el sentenciador la disposición del artículo 602 y no la del 600 del C. P., como se hizo en el fallo recurrido.

Arguye el recurrente que en el proceso está probado, con prueba suficiente para un juez de derecho, que medió una agresión, provocación o violencia contra el padre de los procesados, lo cual coloca el homicidio dentro del numeral 1º del artículo 587 del Código Penal; y que el Tribunal sentenciador ha debido apreciar el homicidio de autos como uno de los casos menos graves de allí, y, por consiguiente, aplicar la pena mitigada del artículo 602.

A esto observa la Corte:

No habiendo expresado el veredicto, ni habiéndose dicho en forma alguna en el cuestionario, lo de la agresión, provocación o violencia, no incumbía al juez de derecho atribuírle al delito modalidades diferentes de las que caracterizan el homicidio voluntario, declarado así lisa y llanamente por el jurado. Esto con tanto mayor razón, cuanto que el auto de proceder, lejos de aludir a las modalidades favorables de que habla el recurrente, llegó a incriminar a los procesados la premeditación.

No prospera por este aspecto la causal.

2º Alega el recurrente, como en subsidio, que el Tribunal sentenciador calificó mal en segundo grado la delincuencia de Primitivo Sierra, y la Procuraduría coadyuva la causal 1ª por este aspecto, con las siguientes razones que la Corte prohija:

"....Observa este Despacho que la apreciación del honorable Tribunal es equivocada en cuanto pretende hacer una distinción fundamental entre la intervención de Juvenal Sierra y la de Primitivo Sierra, cuando, en verdad, de las probanzas resulta que, tanto el uno como el otro, persiguieron a Cárdenas y le dieron golpes con instrumentos capaces de producir la muerte y con la manifiesta intención de obtener este deplorable resultado. Son, por tanto, coautores de la misma infracción penal y entre ellos indudablemente existió el concierto recíproco, aunque tácito, de causarle la muerte a José Sulpicio Cárdenas. Ni siquiera puede afirmarse con certeza cuál de los dos Sierras inició los golpes violentos y mortales o si hubo simultaneidad en el ataque en los momentos mismos de la consumación del delito.

En tales circunstancias, no puede remitirse a duda que entre Primitivo y Juvenal hubo concurso acumulativo, en la acción física y en la voluntad, para suprimir la vida de Cárdenas y que en la ejecución de sus designios intervinieron las manos armadas de uno y otro. En los momentos de la ejecución ambos participaron con hechos materiales idóneos para la realización del delito y con el ánimo manifiesto de cometerlo. El desarrollo cronológico y exacto del acontecimiento no está suficientemente esclarecido y, frente a esta situación de concurso en el homicidio, importa poco determinar cuál de los dos asestó el golpe más grave ni cuál de ellos ejercitó primero la violencia física. De ahí que deba estimarse por igual la participación de cada uno de los acusados..."

Es, pues, procedente la causal, y la sentencia recurrida debe invalidarse para aplicar a Primitivo Sierra la pena que le corresponde.

El señor Procurador delegado, en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 6º de la ley 118 de 1931, opina, además, que la sentencia del Tribunal de Bucaramanga aplicó erróneamente la ley penal en cuanto condena a los procesados al pago de los perjuicios sufridos a consecuencia del delito.

Considera la Procuraduría que el artículo 87 del Código Penal, en donde se establece la condenación oficiosa al pago de daños y perjuicios en el proceso criminal, quedó modificado por las disposiciones de la ley 104 de 1922, según las cuales debe entenderse suprimida la facultad que la ley 57 de 1887 daba al juez para condenar al pago de perjuicios, aun sin que el ofendido o sus representantes se hiciesen parte y así lo pidieran.

Y "como en el presente caso—dice el Procuraduría—no han intentado la acción de perjuicios los interesados, y de oficio no puede hacerse la condenación correspondiente, el Tribunal violó el artículo 87 del Código Penal y el 22 de la ley 103 de 1922".

Con pena se aparta la Corte de esta tesis, y considera que el argumento, aunque inteligentemente propuesto, no es apto para fundar motivo de casación, como pasa a verse.

La sentencia no viola el artículo 87 del Código Penal, y la tacha que contra ella propone la Procuraduría, es cabalmente la de haber aplicado de modo indebido y oficioso tal artículo, siendo así que él fue modificado—en concepto del señor Procurador—por el 22 de la ley 104 de 1922. En tal evento, lo violado sería este artículo y no el 87 del Código Penal.

Ahora bien: El precitado artículo 22 no es un precepto penal, sino procedimental, ya que estatuye sobre legitimidad de personería para intentar la acción de perjuicios causados por el delito; y suponiendo dentro del orden de ideas del Procurador, que este artículo de la ley 104 haya podido ser violado por la sentencia, ello no encajaría dentro de la causal 1ª de casación, puesto que no se trata de ley penal sustantiva; y ni siquiera dentro de la 2ª, porque de implicar violación de ley procedimental, no es de las violaciones que están erigidas en causal de nulidad, y que por consiguiente vicien el procedimiento de nulidad sustancial según la ley.

No significa lo dicho que sea regular ni jurídico que los jueces y tribunales, de manera oficiosa, profieran en sus sentencias condenación por perjuicios. Si lo hacen sin determinar la cuantía, la condenación es prácticamente írrita, y si la condenación se hace por cantidad líquida, hay en ese punto del fallo una extralimitación de funciones, cuyas consecuencias jurídicas invaden un campo distinto al de la nulidad del proceso.

Lo que ocurre es que no cualquiera ilegalidad de que adolezca una sentencia es motivo de casación.

De ahí que la Corte al casar la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por indebida aplicación de la ley penal sustantiva, en lo referente al grado en que fue calificada la delincuencia de uno de los reos, y dictar el fallo que habrá de reemplazarla, se abstenga de proferir condenación por perjuicios.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, de acuerdo en lo principal 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 del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el trece de febrero de mil novecientos treinta y seis, por la cual se condena a Juvenal Sierra a la pena de seis años de presidio y a Primitivo Sierra a la de nueve años de presidio, y en su lugar condena a Juvenal Sierra y a Primitivo Sierra por el delito de homicidio, a sufrir cada uno la pena de seis (6) años de presidio, en el lugar que el gobiero designe, computándoseles como parte cumplida de la pena el tiempo que hayan permanecido en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Juvenal Sierra y a Primitivo Sierra a la privación indefinida de los derechos políticos, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión, al pago de las costas procesales y a la aplicación por vía de multa en favor del Estado, de las armas con que cometieron el delito.

Por el Juzgado de origen se dará el aviso de que trata el Decreto número 944 de 1934, para los efectos de la anotación en el censo electoral del domicilio de los reos.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

REPÚBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SE INFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA PROFERIDA CONTRA UN ANORMAL

Cuando el presunto delincuente se hallaba "en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón" (artículo 29 del Código Penal), el acto, aunque materialmente delictuoso, no es criminoso y punible (artículo 1512 del Código Judicial); en dicho acto se echa de menos el elemento intencional o formal del cuerpo del delito y no puede condenarse por él a una persona que, según la legislación vigente, no es sujeto de derecho penal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Carlos Alberto o Carlos Hugo Angel fue condenado por el Tribunal Superior de Manizales a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio cometido en la persona de su novia, la señorita Soledad Arcila Naranjo.

El defensor doctor Fernando Londoño Londoño interpuso recurso de casación por la causal 3ª, considerando que el Tribunal sentenciador erró al apreciar la prueba del cuerpo del delito, siendo así que en los autos corre un dictamen de los médicos legistas de Manizales, en donde se afirma que el procesado es patológicamente anormal.

A su turno el señor Procurador delegado en lo penal conceptúa que no es pertinente entrar en el estudio de la causal invocada por el recurrente, ya que en opnión de aquel distinguido funcionario el proceso adolece de nulidad, "pues la diligencia de sorteo de jurados se efectuó sin llenar los requisitos que garantizan los derechos del acusado", razón por la cual solicita la invalidación de la sentencia, para los efectos de la causal 2ª, esto es, a fin de que se reponga la actuación afectada de dicha nulidad.

Como fácilmente se comprende, la Corte debe examinar ante todo la tesis del recurrente, o sea la causal 3ª, porque de prosperar ella, el juicio todo quedaría radicalmente afectado, lo que haría innecesario cualquiera otro análisis sobre puntos de mero procedimiento, v. gr., el que la Procuraduría invoca como motivo de casación.

Para resolver, se considera:

El artículo 1512 del Código Judicial dice que el fundamento de todo juicio criminal es el cuerpo del delito, y que por tal se entiende un hecho criminoso y punible según las leyes.

El artículo 29 del Código Penal señala entre las personas excusables, y, por consiguiente, no sujetas a pena alguna, a quien "se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón".

Los médico-legistas de Manizales, doctores Jaime Robledo Uribe y Ricardo Jaramillo Arango, previo un prolongado estudio del caso, en extensa y motivada exposición, declararon irresponsable al procesado.

De aquella notable pieza se copian los siguientes pasajes:

"Conclusiones. —El crimen: Carlos Alberto Angel, un muchacho de diez y nueve años, quería apasionadamente a su novia y era correspondido por ella en igual forma, hasta el punto de manifestar por repetidas ocasiones que con él se casaría, aun contra la voluntad de sus padres, según declaración hecha a una amiga el día mismo de los sucesos. Tenían frecuentemente los pequeños disgustos tan comunes en noviazgos de esta índole, los cuales eran motivados principalmente por la mortificación que a la novia causaban los repetidos abusos que del licor hacía Angel. En la fecha de los acontecimientos, a las dos de la tarde, encontrándose la ofendida en casa de una amiga, se aproximó Angel a la ventana con el fin de conversar con ella. Tanto la novia como la vecina en cuya casa estaba le manifestaron que se alejara, pues en ese momento no se le podía atender por causa de sus ocupaciones de ellas. A esto Angel accedió, retirándose sin decir una palabra, o después de manifestar a su novia que más tarde volvería para hacerle un regalo, cosa que efectivamente hizo después, a las tres de la misma tarde. No hay declaración ninguna sobre la manera cómo la occisa recibió esta segunda visita de su novio, pero el hecho de haberle llevado un obsequio, consistente en dulces, por parte de Angel, y de haberlos recibido por parte de la ofendida, indica claramente que no debió mediar ningún altercado entre ellos. No está por demás observar que los hechos ocurrieron un lunes, día en el cual los artesanos del mismo oficio de Angel, zapateros, acostumbran holgar y to-

mar licor. Unas horas después, a eso de las seis de la tarde, llegó Angel a la tienda de un vecino y le solicitó aguardiente 'que diera fuerza y valor'. Como no había aguardiente, el tendero le ofreció cerveza, la cual principió a tomar, cuando apareció la novia en compañía de una amiga, las cuales, según parece, entraron a la misma tienda. Al verla venir Angel se llena de sobresalto, derrama la cerveza y dice al tendero: 'Que me ve esta muchacha tomando'. Al acercarse la novia Angel le pide que le obsequie de alguna vianda que aquélla venía comiendo, en lo cual no fue complacido. Después de algunas palabras sin importancia la ofendida se alejó del lugar, conversando despreocupadamente con su amiga, para reunirse instantes después con otra amiga en una tienda vecina. Entonces Angel sin motivo, grandemente excitado de una manera súbita, enloquecido, sin precaución ninguna y delante del dueño de la tienda, principia a decir: 'Esta es la noche que me conviene a mí; mañana principia la vida; la muerte que todo lo acaba'. En este estado de excitación busca a la primera amiga con el objeto de interrogarla sobre lo que acerca de él hubiese dicho la novia; instantes después se dirige hacia donde ésta conversa con la segunda amiga y le solicita conversación; negada la amiga entra despreocupadamente a la casa del suceso, dejándolos solos. Luégo la sigue la novia hacia la misma casa, donde entra, quedando Angel solitario y en la misma actitud extraviada que ya tenía. De un momento a otro resuelve penetrar a la mencionada casa en seguimiento de la ofendida, descubriéndose al entrar y siguiéndola a pesar de sus reprensiones de ella, hasta la sala de la habitación. Después de estar allí ambos, la amiga salió con cualquier motivo. Momentos después, quienes entraron a la estancia ocupada por Angel y su novia encontraron a ésta tendida en el suelo y a aquél enloquecido propinándole puñaladas. Las primeras personas que trataron de separarlo fueron agredidas por Angel, quien sólo por la fuerza pudo ser dominado. Arroja el cuchillo, camino de la prisión y al llegar a ésta se declara en él un violentísimo ataque, cae al suelo con convulsiones, ojos extraviados, en estado anormal, sin conocer a las personas que lo rodean. Al cabo de cierto tiempo, después de vomitar un líquido alcohólico por un vomitivo aplicado, pasa este acceso que las personas que lo asistieron, el mismo profesional llamado al caso, toman por un envenenamiento y desde entonces Angel no recuerda nada de lo ocurrido en esta tarde de los acontecimientos. La autopsia reveló que la occisa presentaba veintiuna puñaladas, varias de ellas mortales.

. . . . . .

Análisis del crimen.—Pero es en el crimen mismo en donde la marca epiléptica de nuestro sujeto tiene mayor precisión y relieve. Difícilmente puede encontrarse un caso más acabado y clásico, ni aun en los ejemplos que traen los tratadistas. Ya lo hemos descrito en sus pormenores para insistir sobre ellos, pero considerando las características epilépticas de Angel es necesario analizarlo sobre esta base, cosa indispensable para un cabal entendimiento de este caso de psiquiatría forense.

. . . . . .

Carlos Alberto Angel, epiléptico, cometió el crimen que se le imputa, en estado inconsciente, bajo la impulsión irresistible de un acceso epiléptico y conceptuamos que es COMPLETAMENTE IRRESPONSABLE DE DICHO ACTO".

En tales circunstancias, la sentencia ha condenado a una persona que según la legislación vigente (artículo 29, C. P.) no es sujeto de derecho penal. El acto materialmente delictuoso de esta persona no és, según las leyes, criminoso y punible; falta por lo tanto, el elemento intencional o formal del cuerpo del delito.

La presunción general de dolo establecido en el artículo 2º del Código Penal aparece desvirtuada en este expediente con una prueba, no infirmada por elementos que produzcan la convicción en contra de ella. De esta suerte, en el caso de Hugo Angel, no sólo hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, sino algo más, se desechó o menospreció una prueba esencial sobre la existencia de uno de los elementos del cuerpo del delito.

No se trata en el presente asunto de desentrañar una apreciación al través de dictámenes periciales contradictorios, sino de calificar el rendido por aquellos expertos en quienes el Estado ha puesto su confianza, los médico-legistas.

Y ocurre, además, que los agentes del ministerio público que intervinieron en el proceso, lejos de empeñarse en desvirtuar esa prueba, se basaron cabalmente en ella para solicitar el sobreseimiento, y, en su oportunidad la absolución del procesado, llegando hasta señalar como notoriamente injusto el veredicto.

Con ocasión de un proceso militar en donde se juzgó también a un irresponsable por causas patológicas, dijo la Corte lo que sigue:

"El artículo 29 del Código Penal dice que son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna, los que se hallan privados involuntariamente del uso de la razón y, en general, los que se hallan en estado 'de verdadera demencia'. Esta 'verdadera demencia' de que habló nuestro legislador, debe tomarse como un concepto muy general que abarque todas las graves alteraciones mentales capaces de afectar la imputabilidad. Como se vio en el anterior aparte, la epilepsia puede alterar profundamente las fuerzas inhibitorias de la personalidad y, por consiguiente, hacer que el afectado por esta enfermedad quede comprendido en los límites de no punibilidad, al tenor del artículo 29 del Código Penal. Eso es lo que ocurre en el presente caso, al tenor de los dictámenes médicos, según los considerandos científicos hechos por el Auditor de Guerra de la 5ª Brigada y de acuerdo con los expositores de Psiquiatría. Y si no hay sujeto punible, por falta de imputabilidad, tampoco hay fundamento para seguir el juicio criminal.

Si se tratase de una apreciación simplemente psicológica sobre las causas morales que pueden modificar la responsabilidad, estaría en lo cierto el Comando de la 5ª Brigada al afirmar que el juez militar de derecho no podía apreciar y resolver sobre aquellas causas o elementos psicológicos. Pero como de lo que se trata en este proceso es de la decisión sobre un punto técnico, no de responsabilidad sino de mera imputabilidad, el de saber si el procesado es o no sujeto de Derecho Penal, tal decisión sí entra en las atribuciones del juez de derecho, de acuerdo con los artículos 29 del Código Penal y 1512 del Código de Procedimiento. Síguese de lo dicho que el juez militar a quo no obró ilegalmente al sobreseer; y que el auto del superior o juez ad quem pecó por exceso de celo al revocar el sobreseimiento y ordenar que se abriera causa criminal....." (GACETA JUDICIAL, números 1907 y 1908, pág. 426.—Sentencia de 16 de junio de 1936).

Prospera, pues, el recurso por la causal 3ª, lo que hace innecesario analizar la causal 2ª invocada por el señor Procurador; y de conformidad con el inciso 3º, artículo 4º, de la Ley 118 de 1931, es el caso de proferir fallo absolutorio.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, oído el parecer de la Procuraduría General de la Nación y administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, fechada el diez (10) de marzo de mil novecientos treinta y seis (1936), que condenó a Carlos Alberto o Hugo Angel a la pena de nueve años de presidio por el delito de homicidio, y en su lugar absuelve de dicho cargo al procesado.

La prisión del detenido Carlos Alberto o Hugo Angel debe cesar inmediatamente; pero la autoridad judicial, al expedir la correspondiente boleta de libertad, pondrá al mismo Angel a disposición de las autoridades políticas para que, si fuere el caso, ordenen la conducción de Angel a un manicomio o clínica en donde se le someta al tratamiento científico que sea adecuado.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

CORRECCION:

En el ejemplar correspondiente a los números 1907 y 1908 de la GACETA JUDICIAL, del mes de agosto del año en curso, se incurrió en el siguiente error tipográfico, que aparece en el epígrafe de la sentencia de fecha 16 de junio de este año, página 426: "ERRONEA APRECIACION DE LA PENA LEGAL"; debe leerse: "ERRONEA APLICACION DE LA PENA LEGAL".

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCION DE COSA JUZGADA

La sentencia definitiva del juicio ejecutivo, así sea ejecutoriada, no puede alegarse en juicio ordinario como fundamento de cosa juzgada. Siendo el pago la culminación normal del juicio ejecutivo, es dable concluír que el legislador quiso erigir el principio de la posibilidad de la revisión por la vía ordinaria de las decisiones que fenecieran el procedimiento ejecutivo, ya que los medios frecuentes y ordinarios de la expiración de éstos los constituyen la sentencia de excepciones y la de pregón y remate.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

The Anglo South American Bank Limited promovió juicio ordinario contra el Departamento de Cundinamarca ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, sobre existencia de una deuda y otros puntos. Antes de dar contestación a la demanda, el señor apoderado especial del Departamento propuso como dilatoria la excepción de cosa juzgada, con base en que el Tribunal citado ya había decidido definitivamente "en el ejecutivo del mismo Banco contra el mismo Departamento, sobre el mismo asunto que es materia de esta nueva demanda, en autos ejecutoriados que tienen fuerza de sentencia y que no son revisables en la vía ordinaria".

El Tribunal, en auto que lleva fecha 20 de noviembre del año próximo pasado, declaró no probada la excepción y ordenó al Departamento que contestase la demanda en el término de dos días. Interpuesto en oportunidad recurso de apelación, como subsidiario del de reposición que fue denegado, vino el negocio al conocimiento de la Corte, donde habiéndose ritualo con arreglo a la ley procesal, se procede a decidir, previas las consideraciones de rigor.

De la providencia recurrida se destacan los siguientes pasajes:

"De los elementos de prueba traídos por el excepcionante aparece que con posterioridad a la demanda por medio de la cual fue promovido este juicio, se siguió por The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca un juicio ejecutivo para el pago del mismo crédito sobre que versa la presente acción ordinaria, y que en aquel juicio ejecutivo se liquidó el crédito y se aprobó la liquidación por no haber sido objetada, declarándose al propio tiempo terminado el juicio por pago efectivo en virtud de la consignación hecha por el deudor sobre la base de la liquidación aprobada. La providencia en que tal cosa se declaró lleva fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y cinco, y en ella funda el demandado su excepción de cosa juzgada.

"En síntesis, el excepcionante razona así: el auto de treinta y uno de mayo de mil novecientos treinta y cinco dictado en el juicio ejecutivo de The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca es interlocutorio y puso fin al juicio; luego tiene fuerza de sentencia en virtud del precepto del artículo 467 del Código Judicial.

"Y como dicho auto quedó en firme, tiene toda la fuerza de sentencia ejecutoriada en materia contenciosa, y funda por lo mismo la excepción de cosa juzgada.

"Se observa:

"En el juicio ejecutivo pueden presentarse dos situaciones procedimentales distintas: o el ejecutado no discute la existencia de la obligación cuya efectividad se persigue, o entra a discutir esa existencia en todo o en parte mediante el procedimiento de excepciones. En el primer caso nuestra legislación procesal da el nombre de sentencia a la resolución que ordena rematar los bienes embargados y pagar con su precio el crédito materia del juicio, condenando en costas al ejecutado. En el segundo caso, el fallo de excepciones decide sobre lo principal del juicio, esto es, sobre la existencia misma de la obligación materia de él, y merece con más propiedad el nombre de sentencia.

"Dispone el artículo 1030 del Código Judicial que la sentencia de excepciones y la

de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria. Es decir, la sentencia definitiva del juicio ejecutivo, así sea ejecutoriada, no puede alegarse en juicio ordinario como fundamento de cosa juzgada.

"El artículo 467 del mismo Código, en que el excepcionante apoya su pretensión, da fuerza de sentencia al auto interlocutorio que pone término a la instancia y hace imposible la continuación del juicio. Pero es claro que esa fuerza no puede ser sino la misma que hubiera tenido la sentencia definitiva dictada en el respectivo juicio si se hubiera finalizado la instancia, y nada más.

"Sería contrario a toda lógica procedimental el que un auto interlocutorio por el cual se finaliza un proceso tuviera más fuerza que la sentencia definitiva que hubiera recaído a la demanda.

"Lo que el artículo 467 del Código Judicial estatuye es que el auto interlocutorio que pone término a la instancia produce los mismos efectos que la sentencia del respectivo juicio. Luego si por razón de la naturaleza de éste la sentencia no produce el efecto de cosa juzgada, tampoco podrá producirlo el auto interlocutorio que finalice la instancia.

"El auto en que el excepcionante ha fundado su excepción de cosa juzgada declaró terminado por pago el juicio ejecutivo en que él se pronunció. Equivale a la sentencia de excepciones en que se hubiera declarado extinguida la obligación por pago. Pero si esta sentencia, según se ha visto, no funda excepción de cosa juzgada, el auto que a ella se asimila no puede fundarla.

"No vale decir que el ejecutante no objetó en manera alguna el proveído en referencia, pues otro tanto podría decirse del ejecutado que no propone excepciones, o del ejecutante que no contradice las propuestas por su demandado y se conforma con el fallo en que se declaren probadas, sin que ello obste para que la llamada sentencia de remate o el fallo de excepciones puedan revisarse en juicio ordinario".

Las objeciones que el señor apoderado del Departamento hace a lo expuesto por el Tribunal, y expresadas tanto ante éste con motivo de la reposición invocada, como ante la Corte, pueden cristalizarse así:

El auto aprobatorio de la liquidación y que declaró el pago en el ejecutivo, adelantado por el Banco contra el Departamento, es un auto interlocutorio con fuerza de sentencia definitiva: la sentencia, aún dada en juicio especial, funda la excepción de cosa juzgada, a menos que la ley haya dispuesto que pueda debatirse en juicio ordinario el asunto fallado en juicio especial; la ley ha dispuesto que sólo de las resoluciones proferidas en juicio ejecutivo, son susceptibles de revisión por la vía ordinaria las sentencias de excepciones y de pregón y remate, y como el auto prenombrado no participa de ninguna de estas calidades, no puede revisarse en juicio ordinario, ya que las excepciones son de interpretación estricta.

La Corte no acoge la antecedente argumentación, después de consultar los textos legales respectivos y el espíritu que los informa.

Con efecto: reza el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil: "Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio". La providencia del Tribunal que declaró el pago efectivo hecho por el Depratamento, extinguió automáticamente la acción o hizo imposible la prosecución del juicio. Fue una sentencia, habida consideración no de la forma sino de la fuerza de que estaba dotada. Ahora bien: Teniendo la calidad de sentencia, podía estar sujeta su validez a debate posterior o engendraba por sí misma y para siempre la excepción de cosa juzgada?. El artículo 473 de la misma obra establece: "La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley".

Preceptúa algo la ley para el caso que se contempla, o guarda silencio? Dice el artículo 1030, ibídem: "La sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria". Cuál fue la intención del legislador al consagrar el principio transcrito, o mejor, cuál es el alcance natural y obvio que el juez debe otorgarle al texto?

Como con todo acierto lo expone el Tribunal y la Corte prohija, pueden presentarse en el juicio ejecutivo dos situaciones procedimentales distintas: o el ejecutado no discute la existencia de la obligación, o entra a hacerlo en todo o en parte mediante el procedimiento de excepciones. En el primer caso nuestra legislación procesal da el nombre de sentencia a la resolución que or-

dena rematar los bienes embargados y pagar con su precio el crédito. En el segundo, el fallo decide sobre lo principal del juicio, esto es, sobre la existencia misma de la obligación materia de él, y merece con más propiedad el nombre de sentencia. Sería contrario a toda lógica procedimental el que un auto interlocutorio por el cual se finaliza un proceso tuviera más fuerza que la sentencia definitiva que hubiera recaído a la demanda. Cierto es que la ley no ha dicho expresamente que el auto interlocutorio que declara terminado por pago el juicio ejecutivo es revisable en juicio ordinario. Pero al decir que este auto tiene fuerza de sentencia, ha querido el legislador referirse a la sentencia del respectivo juicio, y por consiguiente, a la sentencia de excepciones en el caso de que se trata. Luego si ésta no genera cosa juzgada en juicio ordinario, tampoco podía generarla el auto que debe producir los mismos efectos de la sentencia de excepciones.

Queda establecido, pues, que el auto aprobatorio del pago tiene la misma fuerza que hubiera tenido una sentencia de excepciones. Y no vale argüir, como lo hace el recurrente, que si hay un ilogismo en el Código por expresar en un artículo que los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando dan término al juicio, y por no señalarles en otro referentes al ejecutivo la misma capacidad a estos autos que a las sentencias de ser revisables por la vía ordinaria, es culpa del legislador, porque es misión del intérprete, en virtud de claros principios de hermenéutica, desentrañar el sentido de los textos legales, procurando que entre todos ellos haya la debida correspondencia y armonía.

De que las excepciones legales deban ser interpretadas estrictamente, no se sigue que lo sean literalmente. Y es tan claro que la intención que impulsó al legislador a consagrar el artículo 1030 del Código Judicial fue la de establecer la revisibilidad de las decisiones que pongan fin al juicio ejecutivo, que nadie sería osado a discutir la revisión del juicio cuando la condenación del deudor ha sido al pago periódico de una parte de su sueldo, sin que se haya pronunciado sentencia de excepciones y muchísimo menos de pregón y remate. La ley, por la naturaleza misma de las cosas, es esencialmente limitada e incompleta; no puede contemplar con perfecta precisión todos los casos; forzosamente ha de dejar vacíos que al juzgador compete llenar.

No siendo el juicio ejecutivo propiamente tal juicio, sino una manera de cobrar enderezada a poner en marcha la potestad coactiva del Estado con el fin de obtener el cumplimiento de una obligación; siendo el pago su culminación normal, es dable concluír que el legislador quiso erigir el principio de la posibilidad de revisión por la vía ordinaria de las decisiones que fenecieran el procedimiento ejecutivo, ya que los medios frecuentes y ordinarios de la expiración de éste los constituyen la sentencia de excepciones y la de pregón y remate. Existiendo otras decisiones dotadas de igual o mayor virtualidad intrínseca que éstas, sería incorrecta una interpretación literal del precepto. No es función elegante del intérprete verter sobre el legislador la sospecha de que ha sentado tesis absurdas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma la providencia apelada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente al Tribunal de su procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández. Srio. en ppd.

PENSION

Las pensiones por causa de la guerra de Independencia fueron suspendidas por el artículo 6º del Decreto Nº 136 de 1932. El artículo 3º de la ley 49 de 1909 fue derogado por el 1º de las leyes 29 de 1912 y 7ª de 1913.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veintiocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor J. Bolívar Mosquera, por medio de apoderado, demandó a la Nación ante el Tribunal de Popayán, con el objeto de que aquélla fuese condenada a pagarle una pensión mensual de ochenta pesos ($ 80), basándose en su calidad de hijo legítimo del General Tomás Cipriano de Mosquera, antiguo Presidente de la República y Prócer de la Independencia.

El Tribunal mencionado, con fecha 21 de octubre del año próximo pasado, accedió al pedimento del señor Mosquera, y en consecuencia, condenó a la Nación al pago de la pensión precitada.

Ha venido a la Corte, en consulta, este fallo por declarar a cargo del Estado una obligación; y habiéndose agotado la tramitación procesal, se pasa a decidir el recurso, previas las pertinentes consideraciones.

De la sentencia del Tribunal se destacan los siguientes pasajes:

"Que el General Tomás Cipriano de Mosquera fue prócer de la Independencia y que desempeñó la Presidencia de la República de Colombia, se halla plenamente demostrado, con la hoja de servicios expedida por el Ministerio de Guerra, lo primero, y lo segundo, con la copia de actas de posesión, dadas por el Ministerio de Gobierno (fs. 194, y 5 a 7); que el General Mosquera fue casado con doña María Ignacia Arboleda el 15 de julio de 1862, en esta ciudad, lo acredita la partida de origen eclesiástico (f. 9); que tuvieron un hijo nacido el 15 de julio de 1878 y bautizado el 30 de agosto del mismo año, con los nombres de José Bolívar Carlo Dorico, lo demuestra la partida de origen eclesiástico (f. 8); que tanto el General Mosquera como su consorte murieron el 8 de octubre de 1878 y el 6 de junio de 1913, respectivamente, lo dicen las partidas de defunción (fs. 10 y 11); que J. Bolívar Mosquera no ha recibido recompensa del Erario Público y no goza de pensión, aparece del certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f. 12); la buena conducta de J. Bolívar Mosquera la comprueba un certificado del Cura Párroco de San Agustín (f. 13); que no ha sido gravado con impuesto sobre la renta en los años de 1932 y 1933, con el certificado del Administrador de Hacienda Nacional del Cauca (f. 14); que no tiene renta que llegue a $ 80 mensuales, y por lo mismo carece de lo necesario para vivir con el decoro correspondiente a su posición social, con las declaraciones juradas de Manuel María Arboleda, Arquímedes de Angulo, Félix Restrepo y Adolfo Zambrano, quienes abonan también su buena conducta; y que el General Mosquera no se halló en ninguno de los casos de inhabilidad para que sus descendientes legítimos puedan reclamar pensión del Tesoro Nacional, con el certificado del Ministerio de Guerra (f. 20).

El parágrafo 2º del artículo 1º de la ley 49 de 1909 y el artículo 3º de la misma ley dan derecho a los hijos legítimos de próceres de la independencia o de empleados civiles de la misma que hubieren desempeñado por más de dos años la Presidencia de la República, a disfrutar de una pensión de $ 100 mensuales, siempre que no dispongan de recursos suficientes para su congrua subsistencia.

"El artículo 3º de la ley 29 de 1912 reconoce este mismo derecho a los hijos de próceres de la Independencia, aun cuando hubieren recibido ellos o el causante recompensa unitaria por motivo distinto.

"El artículo 1º de la ley 80 de 1916 limita como máximo a ochenta pesos ($80) las pensiones que se reconozcan a cargo del Tesoro Nacional, desde que rija la dicha ley, y el artículo 9º del decreto legislativo 136 de 1932 corrobora dicha cuantía.

"Como se ve de las demostraciones anteriores, igual que de las disposiciones legales anotadas, el señor José Bolívar Mosquera tiene derecho a que se le reconozca una pensión como hijo legítimo del General Tomás C. de Mosquera, pensión que de conformidad con la ley 80 de 1916, y decreto legislativo de 1932, no puede exceder de ochenta pesos mensuales".

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado legal, dice con respecto al fallo del Tribunal:

"La Procuraduría no encuentra objeción que oponer al mencionado proveído, ya que los comprobantes acompañados con el libelo de demanda llenan las exigencias de las leyes procedimentales sobre el particular, y el derecho del peticionario está consagrado por la ley 49 de 1909 —parágrafo 2º del artículo 1º y artículo 3º ibídem".

La Corte no participa de lo dicho en el fallo consultado ni del concepto del señor Procurador, por las razones que a continuación se exponen:

El señor J. Bolívar Mosquera invoca dos calidades distintas para merecer el beneficio invocado: las de ser hijo del General Tomás Cipriano de Mosquera, prócer de la Independencia y Presidente de la República.

Con respecto a la primera calidad —descendiente de un prócer de la Independencia—, no puede prosperarle su pedimento, toda vez que actualmente rige el artículo 6º del decreto número 136 de 1932, que dice así:

"Suspéndese definitivamente el reconocimiento de nuevas pensiones por causa de la guerra de la independencia".

En cuanto a la segunda, se basa el demandante en lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 49 de 1909:

"Las viudas e hijos legítimos de los ciudadanos que hayan ejercido la Presidencia de la República tendrán derecho a disfrutar

de una pensión hasta de cien pesos ($ 100) mensuales, en caso de que no dispongan de recursos suficientes para su congrua subsistencia.—Parágrafo.—La pensión será común, y disfrutarán de ella la viuda, mientras no contraiga nuevas nupcias; las hijas, mientras permanezcan en estado célibe, y los varones, mientras estuvieren en la menor edad".

Aun cuando la disposición transcrita estuviese vigente en la actualidad, la pensión no podía ser decretada por cuanto del expediente se desprende que el señor Mosquera no es menor de edad. Pero, además, tal disposición ha sufrido modificaciones en virtud de preceptos consignados en leyes posteriores, que son los siguientes:

"Ley 29 de 1912.—Artículo 1º—Las viudas de los ciudadanos que hayan desempeñado la Presidencia de la República, y en su defecto las hijas solteras, o viudas de aquéllos, disfrutarán de una pensión de cien pesos oro por mes, siempre que no tengan una renta mensual que alcance a esa suma. Cuando sean varias las hijas que se hallen en las condiciones que se dejan expresadas, se distribuirá entre ellas la suma de que trata esta ley, por partes iguales".

"Ley 7 de 1913.—Artículo 1º—Las viudas de los ciudadanos que hayan ejercido la Presidencia de la República, y en defecto de aquéllas las hijas de éstos, solteras o viudas, disfrutarán de la pensión de que trata el artículo 1º de la ley 29 de 1912, siempre que no posean una renta que sea o exceda de mil doscientos pesos anuales. Queda en estos términos aclarada la disposición del artículo 1º de la ley 29 de 1912".

Es, en consecuencia, clarísimo que la primitiva disposición de la ley 49 de 1909 ha sido derogada implícitamente a virtud de las disposiciones posteriores transcritas. En efecto: por aquélla se estableció el derecho a una pensión conjunta o común para las viudas e hijos legítimos de los ex-Presidentes de la República; y por éstas se determinó que la pensión dejase de ser común y sólo tuviesen derecho a ella las viudas, y en defectos de éstas, las hijas solteras o viudas, de los ciudadanos que hubieren ejercido el supremo cargo de la Nación. Y es obvio que no reuniendo el señor Mosquera estas especiales cualidades, carece hoy por hoy del derecho para obtener la gracia impetrada.

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, **infirma la sentencia consultada**, y en su lugar dispone que no hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente al Tribunal de su procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

AUTO EJECUTIVO CONTRA UN DEPARTAMENTO

Para iniciar ejecución contra entidades de derecho público no se necesita requerimiento previo para el pago, pues si así fuese se haría nugatorio el derecho de los acreedores y jamás podría prosperar un juicio ejecutivo contra las expresadas entidades. Las leyes fiscales exigen determinadas formalidades para la erogación de los fondos públicos; pero aquéllas no influyen sobre el mérito ejecutivo de un documento, el cual sirve de base al juicio correspondiente si reúne las condiciones de que trata el artículo 982 del C. J., sin necesidad de requerimiento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El Tirbunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en providencia de 29 de octubre de 1935, libró orden de pago por la vía ejecutiva a favor de la señora Melania Muñoz v. de Sánchez y a cargo del Departamento de Cundinamarca, representado por el señor Fiscal del Tribunal, por la cantidad de $ 749.04 moneda corriente, y por los intereses de esta cantidad a la rata del seis por ciento anual desde el diez y nueve de octubre de mil novecientos veintiocho hasta el día del pago. Notificado el señor Fiscal 1º del Tribunal, apeló del auto ejecutivo, recurso que se le concedió en el efecto devolutivo. Agotada en la Corte la tramitación legal, se pasa a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones:

Conforme al artículo 982 del C. J., "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 prue-

ba contra él, o que emane de una decisión judicial que deba cumplirse". La disposición mencionada agrega en su inciso segundo, que "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".

En el presente caso, el doctor Pedro Sanz Mazuera, como apoderado de la señora Melania Muñoz v. de Sánchez, demandó al Departamento de Cundinamarca por la cantidad de $ 794.04, provenientes de la expropiación de una zona de terreno de propiedad de la demandante, y apoyó su acción en las sentencias del Juez del Circuito de la Mesa, en las cuales se declara a cargo del Departamento la obligación de pagar la suma expresada. Las providencias mencionadas están ejecutoriadas y fueron debidamente registradas. De ellas resulta una obligación expresa, clara y actualmente exigible de pagar determinada cantidad, y —por tanto—el auto apelado es jurídico.

El señor Procurador General de la Nación pide que el auto sea infirmado. Para apoyar su solicitud dice lo siguiente:

"En concepto del suscrito el auto recurrido debe infirmarse:

"Me fundo para ello y era también doctrina aceptada antes por el H. Tribunal del conocimiento, "que cuando el deudor de una suma de dinero es una entidad de derecho público como lo es un Departamento, el acreedor antes de iniciar ejecución está en la obligación de pasar la cuenta de cobro, obtener la aprobación del representante de la entidad, conseguir la orden de pago y presentarla al pagador" (sentencia de 12 de noviembre de 1932 en juicio contra el municipio de Anolaima).

"En el presente caso no existe constancia de que la señora Muñoz v. de Sánchez hubiera pasado al Departamento ejecutado la cuenta de cobro y mientras no se demuestre esa circunstancia y la de que fue rechazada, no puede prosperar la acción ejecutiva ya que si aquél atiende la aludida cuenta no existe el incumplimiento de la obligación.

"Tales requisitos por tratarse de una entidad de derecho público que está sujeta a una reglamentación interna especial en materia de pagos, equivalen a un requerimiento y mientras éste no se verifique no puede afirmarse que la obligación actual sea exigible ni que el Departamento esté en mora de cumplirla.

"Y no estando, como queda dicho, en mora de cumplir sus obligaciones el Departamento con la ejecutante, la presente acción debe invalidarse y así os lo solicito atentamente".

Sobre esto se observa:

El señor Procurador no cita disposición legal alguna en apoyo de esta tesis, que la Sala no puede acoger, porque no existe en la legislación colombiana principio alguno que consagre un privilegio especial en favor de los departamentos, cuando se trata de exigirles ejecutivamente el cumplimiento de obligaciones precisas y claras. Las sentencias ejecutoriadas prestan mérito ejecutivo, como ya se ha visto. Si se establecieran como requisitos previos para iniciar la ejecución contra las entidades de derecho público el requerimiento y la expedición de la orden de pago, en los términos que anota el señor Procurador, se haría nugatorio el derecho de los acreedores y jamás podría prosperar un juicio ejecutivo contra las expresadas entidades.

Las leyes fiscales exigen determinadas formalidades para la erogación de los fondos públicos; pero aquellas no influyen sobre el mérito ejecutivo de un documento, el cual sirve de base al juicio correspondiente si reúne las condiciones de que trata el artículo 982 del C. J., sin necesidad de requerimiento.

El artículo 1608 del C. C., determina los casos en que el deudor está en mora, entre los cuales figura el de no ejecutar o dar la cosa dentro del tiempo que ha debido hacerse. El artículo 549 del C. J., establece que "puede exigirse la ejecución de las resoluciones judiciales desde que éstas queden ejecutoriadas, si en ellas mismas no se fija el plazo para el cumplimiento de las obligaciones que declaren". El auto ejecutivo que se estudia se apoya como ya se dijo, en las sentencias de donde surge la obligación para el Departamento de entregar una suma de dinero como precio de la expropiación de un lote de terreno, sentencias que están ejecutoriadas y registradas. No era—por tanto—necesario requerimiento alguno a la entidad deudora de conformidad con las disposiciones mencionadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, confirma el auto ejecutivo apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna E., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

PENSION

En los juicios de pensiones por servicios en el Poder Judicial no son aplicables las disposiciones de la ley 29 de 1905, sino el artículo 5.o de la ley 116 de 1928, y es admisible la plena prueba según las reglas generales de procedimiento, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El doctor José D. Ramos, vecino de Popayán, solicita a la Corte se le decrete una pensión de jubilación por sus servicios en el Poder Judicial. Corrido el traslado legal al señor Procurador General de la Nación, se pasa a fallar el negocio, previas las siguientes consideraciones.

Esta Sala tiene jurisdicción para conocer en única instancia de esta demanda, de conformidad con el artículo 8º de la ley 102 de 1927.

El artículo 5º de la ley 116 de 1928, establece lo siguiente:

"Artículo 5º Para gozar de la jubilación de que trata el artículo 3º de la ley 12 de 1907, sólo se requiere:

"Carecer de medios para la congrua subsistencia;

"Haber observado buena conducta el solicitante;

"Haber llegado el magistrado o juez a la edad de sesenta años, aunque en ese momento no ejerza cargo judicial alguno;

"Haber prestado el servicio de que trata esta disposición durante veinte años por lo menos como magistrado o juez, el cual se computará acumulando el tiempo que se hubiere prestado en uno o varios de esos cargos; en este caso, la remuneración será la que corresponda a la jubilación por el puesto de mayor categoría que se hubiere desempeñado por lo menos durante un tiempo equivalente a un período legal.

"Parágrafo. Para los efectos del cómputo de que habla este artículo se tendrá también 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.

"Parágrafo. El derecho de gozar de jubilación se perderá únicamente por las siguientes causas:

"1ª Si el agraciado observa conducta notoriamente inmoral; y

"2ª Si fuere condenado a pena aflictiva".

Para comprobar las dos primeras exigencias de la disposición transcrita, el demandante acompañó las declaraciones de los doctores Francisco E. Diago, Primitivo Fernández S. y Guillermo Valencia, los dos primeros magistrados del Tribunal de Popayán, quienes dicen que el doctor José Dolores Ramos ha observado muy buena conducta. Sobre la carencia de renta los dos primeros testigos declaran que el doctor Ramos no tiene medios de subsistencia dada su posición social, pues carece de renta que alcance a cincuenta pesos ($ 50), y por el contrario, tiene varias deudas que no le ha sido posible cancelar. El doctor Valencia declara sobre este punto que no le consta de manera directa de qué medios de subsistencia disponga el doctor Ramos en la actualidad, pero que a juzgar por la extensión y clase de las fincas rurales que hoy tiene, del clima medio en que están situadas y del negocio de ganado a que están dedicadas, no es aventurado afirmar que las rentas que le producen son muy exiguas. En autos figura un certificado del señor Administrador de Hacienda Nacional del Cauca sobre que el doctor Ramos pagó en el año de 1934 solamente el impuesto de $ 6,40 sobre la renta de $ 640, provenientes de sueldos de Juez del Circuito de Caloto, certificado que corroboran las declaraciones citadas sobre la carencia de medios para la congrua subsistencia.

Con las pruebas anteriores se han acreditado las dos primeras exigencias del artículo 5º de la ley 116 de 1928. El señor Procurador al descorrer el traslado de la demanda, manifestó su observación de que sólo fueron recibidas tres declaraciones para comprobar estas circunstancias, debiendo en su concepto, acompañarse cinco, de conformidad con el artículo 3º de la ley 29 de 1905. Pero sobre esto se anota que en los juicios de pensiones por servicios en el Poder Judicial no son aplicables las disposiciones de la ley 29 de 1905, sino el artículo 5º de la ley 116 de 1928, y que es admisible la plena prueba según las reglas generales de procedimiento, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos.

Para comprobar que tiene más de sesenta años, el peticionario acompañó a su libelo copia de la partida de bautismo, expedida por el señor cura párroco de la Ca-

tedral de Popayán, en la cual consta que nació en el año de 1865.

También aparece corroborado con la documentación presentada por el doctor Ramos, que prestó sus servicios en el Poder Judicial por más de veinte años. Para esto presentó copias de los decretos de nombramiento de los diversos cargos y de las diligencias de posesión, lo mismo que certificados de las autoridades respectivas sobre el ejercicio de ellos y sobre los sueldos que le fueron pagados por sus servicios. Desempeñó el doctor Ramos los cargos de Juez del Circuito de Palmira, de 1891 a 1893; de Juez 1º en lo Civil del Circuito de Popayán, de junio de 1894 a marzo de 1900; de magistrado del Tribunal Superior del distrito judicial de Popayán, de julio a diciembre de 1901 y de marzo de 1905 a agosto de 1912; de Juez Superior del distrito judicial de Popayán, de noviembre de 1918 a julio de 1931.

El demandante no es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa del Tesoro Nacional. Así lo certifica el señor Jefe de la Sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ha comprobado, por tanto, el doctor Ramos que tiene derecho a la jubilación que solicita, de conformidad con la ley 116 de 1928, artículo 5º ya citado.

Sobre la cuantía de la pensión se observa:

El artículo 6º de la ley 102 de 1927 señala la asignación de $ 150 mensuales para los magistrados de los Tribunales y $ 200 para los magistrados de la Corte. Pero como el artículo 9º del Decreto Legislativo Nº 136 de 1932 establece que desde su publicación ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80 mensuales, a esta suma debe limitarse la cuantía de la jubilación.

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 José D. Ramos, vecino de Popayán, una pensión vitalicia de ochenta ($ 80) mensuales, por sus servicios durante más de veinte años en el Poder Judicial, que le será pagada del Tesoro Nacional desde el día diez y siete de febrero de este año, fecha en que se presentaron en la Corte los comprobantes exigidos por la ley.

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 Gobierno y de Hacienda y Crédito Público y al señor Contralor General de la República.

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, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

CURADOR AL DEUDOR QUE SE OCULTA.— LA CALIDAD DE SUMARIA DE UNA PRUEBA SE REFIERE AL MODO COMO ELLA SE PRODUCE.—PRUEBA SUMARIA ES LA QUE NO ES CONTROVERTIDA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo catorce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

El día 9 de mayo de 1922, el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago contra el señor Lisandro Durán por las sumas de $ 265-61 y $ 1-00, provenientes de un alcance decretado por la Corte de Cuentas, y de una multa.

El 15 de enero de 1932 el Juzgado nombró como curador ad-litem del ejecutado al señor José Manuel Ortiz, dándole aplicación al artículo 1001 del Código Judicial. Posesionado éste, y habiéndosele discernido el cargo, se continuaron con él las diligencias ejecutivas.

El señor Durán, vecino de Sogamoso, dio poder al doctor Alcibíades Rincón para que lo representara en el juicio; y éste, en ejercicio del mandato, pidió se declarara la nulidad del nombramiento de curador, fundándose para ello en que no se acreditó sumariamente la ignorancia del paradero de su poderdante.

Dice que con actuaciones oficiales auténticas, que hacen plena prueba, conforme a los artículos 678 del Código Judicial anterior y del 632 del actual, quedó establecido que el señor Durán tenía domicilio en Sogamoso y Firavitova.

El Juzgado no accedió a la solicitud en auto de once de febrero último, por lo cual vino el negocio a la Corte, en apelación, donde surtidos los trámites de rigor, es ya la oportunidad de decidir, a lo cual se procede, considerando:

Se dijo en la providencia recurrida:

"Evidentemente, el artículo 1001 del Código Judicial prescribe que cuando el deudor se oculta o se ignora su paradero, se le nombrará un curador ad-litem, y esto precisamente es lo que ha sucedido en la presente ocasión, pues de los informes de las autoridades comisionadas para notificar a Durán, se deduce bien a las claras que éste se oculta a fin de evitar la citación correspondiente, y la ocultación en este caso es fácil por la vecindad de los municipios de Firavitova y Sogamoso, lo que hace que en poco tiempo una persona pueda trasladarse de un lugar a otro. Además, eso de la ocultación, que sirvió de base al juzgado para el nombramiento de curador, es cuestión que se aprecia fácilmente al leer los varios y repetidos informes sobre el paradero de Lisandro Durán. Y mediando la ocultación de éste, se deduce que el nombramiento de curador es legal".

Como fácilmente se nota, el nombramiento de curador no se hizo por ignorarse el paradero del señor Durán, sino porque se ha estimado que hubo ocultación.

El artículo 1001 del Código Judicial actual permite, previa la comprobación de la ocultación, nombrar un curador provisional sin necesidad de emplazamiento, pues el curador definitivo, si llega el caso, se nombra para la notificación del auto ejecutivo antes de la citación para sentencia de pregón y remate.

Dicha disposición armoniza con el artículo 562 del Código Civil, que autoriza el nombramiento de curador de bienes al ausente, comprendiéndose entre éstos al deudor que se oculta. Armoniza también esa disposición con el artículo 317 del mismo Código Judicial, el cual dice en su inciso segundo:

"Si el demandado se oculta, el juez, previa comprobación sumaria del hecho, le nombra un curador para la litis".

Sobre esto dijo la Comisión revisora en su exposición de motivos:

"El inciso segundo del artículo 316 (hoy el 317 del Código) provee lo conveniente para el caso muy común de que el demandado se oculte; pues ordena el nombramiento de curador para la litis, previa comprobación sumaria del hecho, sin recurrir al emplazamiento que siempre es dispendioso".

Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce.

El señor Durán, que según él es vecino de Sogamoso, residía allí habitualmente con su familia, pero tenía su hacienda en jurisdicción de Firavitova. Una persona puede tener dos domicilios, según el artículo 78 del C. Civil.

Pero si Durán tenía su domicilio, ¿dónde estaba su paradero? Unas veces en Firavitova y otras en Sogamoso. No se le encontró ni en una ni en otra parte, luego es lo natural suponer que estaba oculto, pues oculto significa "escondido, ignorado, sin darse a conocer ni dejarse ver ni sentir".

El señor Durán es buscado en Chita sin resultado; luégo en Somondoco. El Alcalde y empleados del juzgado municipal de Firavitova informan que es vecino de Sogamoso. Se le busca allí y no se le encuentra, conforme lo declararon Manuel Jiménez y Tito Bayona, agentes de policía de esta última población.

De todos estos hechos comprobados surge la convicción de que el señor Durán no se dejaba ver ni sentir por parte alguna. Luego podía reputársele como ausente, al tenor del artículo 562 del Código Civil y del 1001 del Código Judicial.

En fuerza de las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, de acuerdo con el concepto del señor Procurador, confirma el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintidós de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

La sindicatura de Lazaretos de Bogotá, por auto de veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y tres, libró mandamiento ejecutivo "a favor del Tesoro Nacional, y contra la persona y bienes de las siguientes personas: de Félix A. Romero León, por la suma de $ 178-50; de Apolonia Romero de Clavijo, por la suma de $ 357-00; de Polidoro Romero L., por la suma de $ 357-00; y de Salomón Gutt, por la cantidad de $ 178-50".

Sirve de recaudo ejecutivo el reconocimiento formado por la Sindicatura ejecutante a cargo de los herederos de Gertrudis Romero León, por el pago de los impuestos de Lazareto sobre la sucesión de ésta.

El problema de hecho puede resumirse así:

1º La causante Gertrudis Romero León murió en Bogotá el 30 de diciembre de 1929, sin dejar descendientes ni ascendientes legítimos, ni cónyuge, ni hijos naturales, sino únicamente tres hermanos legítimos: Polidoro, Félix A. y Apolonia Romero León.

2º Los padres de la causante habían muerto antes de ésta fallecer, así: la madre, en el año de 1910, y el padre, el 25 de junio de 1920.

3º Sin embargo de que Juan Nepomuceno Romero, padre de Gertrudis, había muerto en 1920, apareció otorgando la escritura número seis de 8 de enero de 1930, ante el Notario de Facatativá, por la cual, como ascendiente legítimo de Gertrudis Romero León, vendía los derechos y acciones que le correspondieran en la sucesión de ésta a los señores Félix A. Romero y Nicanor Barreto L. Esta escritura no fue firmada por Félix Romero L., y por el vendedor firmó Julio Ayala R.

4º Con este título, el dicho Nicanor Barreto L. pidió la apertura de la sucesión mencionada ante el Juez 2º del circuito de Bogotá el 31 de enero de 1930, solicitando que se declarase como heredero a Juan Nepomuceno Romero y que se tuviese al peticionario como subrogatario en los derechos de dicho heredero (fs. 19 del C. de Pruebas), lo que fue decretado de conformidad por auto de 19 de febrero de 1930. (Fs. 19 vs. ibídem).

5º Los hermanos de la causante, ignorando la muerte de su padre, intervinieron en este juicio; pero descubierto el engaño, pidieron ante el Juez 1º del circuito de Bogotá la apertura de la sucesión mencionada el 24 de agosto de 1933 (fs. 14 del C. de Pruebas). En este juicio se reconoció como herederos a los dichos hermanos por auto de 1º de septiembre de 1933 (fs. 15 ib.).

6º Practicados los inventarios en el juicio adelantado en el Juzgado 1º, el Síndico hizo la liquidación de los derechos de Lazareto, los cuales ascendieron a la suma de $ 260-17, y que, con el recargo de ley, subieron a la cantidad de $ 463-12. Estos impuestos, previa rebaja autorizada, fueron pagados por Polidoro Romero León con la suma de $ 221-15 (fs. 16 del C. de Pruebas).

7º En el juicio que se adelanta en el Juzgado 2º sobre la misma sucesión, se hizo la liquidación de los derechos de Lazareto, los que ascendieron a la suma de $ 1,044-28, que con los recargos llegó a la suma de $ 1,071-00. Esta cantidad no ha sido pagada, y por ella es por la que se adelanta la ejecución expresada.

8º El Síndico de Lazaretos pidió la nulidad del juicio sucesorio que se adelanta en el Juzgado 1º, en el cual fueron cubiertos los derechos; y los herederos legítimos pidieron la nulidad del sucesorio adelantado en el Juzgado 2º Ninguna de estas dos nulidades ha sido decretada.

9º Para explicar su proceder, el señor Síndico aduce ante la Corte las siguientes razones en escrito de 23 de enero de 1936:

"La diferencia de avalúos es bastante distanciada en los dos juicios sucesorios y afecta el impuesto en una cantidad apreciable. Como el sucesorio iniciado en el Juzgado 2º existe, y la liquidación practicada por este despacho no ha sido cubierto su valor, el Síndico pidió la nulidad del juicio que se adelantó en el Juzgado 1º, pues dicho funcionario no puede pasar desapercibido ante un juicio de sucesión en que se liquidó el impuesto respectivo, impuesto que no ha sido pagado, ni tampoco se ha decretado la nulidad de dicho expediente, y es así como el Síndico aboga por los intereses de la Nación al oponerse a la aprobación de inventarios, etc., en un juicio sucesorio en que han sido practicadas dos liquidaciones de las cuales ninguna de las dos ha sido declarada nula, puesto que tampoco lo ha sido declarado nulo ninguno de los expedientes, lo cual obliga al Síndico a hacer efectivo el impuesto liquidado y que adeuda, pues el Síndico es parte en el juicio de sucesión hasta obtener el pago del impuesto liquidado.

interpretando los artículos 910, 936 y 946 del C. J. y 21, 22, 23 (inciso segundo, especialmente) y otros del decreto 667 del año de 1932.

"Mientras no se haya decretado la nulidad de uno de los sucesorios, existe una liquidación aprobada en la mortuoria de Gertrudis Romero León y, por consiguiente, un impuesto debido que la Sindicatura debe hacer efectivo haciendo uso, como está haciendo, de la jurisdicción coactiva, pues este despacho nada tiene que ver que se inicien tres o cuatro sucesorios de una misma persona en distintos Juzgados. Habrá quienes quieran pagar impuesto sobre la herencia gravable que deja un causante, y mientras los juicios iniciados no se hayan declarado nulos y esté practicada la liquidación, el Síndico saldrá en defensa del impuesto que se cobra en tantas liquidaciones cuantos juicios cursen.

"Si el apoderado de los ejecutados en la sucesión de Gertrudis Romero León presenta el certificado de nulidad del expediente donde obra la liquidación cuyo impuesto se cobra ejecutivamente, sí podrá formular cargos contra el Síndico.

"Hay una diferencia bastante apreciable en el valor del impuesto liquidado en los dos juicios mortuorios y por ese motivo se ha pedido la nulidad de uno de ellos. Mientras no se haya declarado ésta, la Sindicatura adelantará la ejecución para obtener el pago del impuesto liquidado".

Con base en algunos de los hechos enunciados antes, el apoderado de los hermanos de la causante, y ejecutados, introdujo las siguientes excepciones:

"1ª La de pago real y efectivo de tales derechos al tesoro de la Nación.

"2ª La de falsedad de los elementos que concurrieron a la formación del juicio de sucesión intestada seguido ante el señor Juez 2º del Circuito de Bogotá, juicio del cual deriva un nuevo título la entidad Lazareto para basamentar, como basamenta, la ejecución que ocasiona estas excepciones.

"3ª Simulación del juicio sucesorio de la prenombrada Gertrudis Romero seguido ante el señor Juez 2º de este circuito de Bogotá, por suplantación de personas y falsedad de títulos que obraron en la iniciación y seguimiento del expresado juicio en la parte que de éste se tramitó".

Tramitado de modo legal el incidente de excepciones, procede ya su decisión, para lo cual se tiene en cuenta:

El señor Procurador General de la Nación alegó de conclusión, así:

"De la cuidadosa lectura que he hecho del alegato anterior, así como del atento examen que he efectuado de los comprobantes traídos a los autos por los ejecutados, he llegado a la convicción de que acompañan a los ejecutados graves y poderosas razones de orden moral en relación con las defensas que han propuesto, pero considero de elemental prudencia, conceptuar que mientras no se traiga al debate la sentencia de nulidad del juicio de sucesión iniciado por los supuestos herederos en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, no es posible declarar, por ahora, probadas o establecidas las excepciones propuestas... Por tanto, y muy a mi pesar, esta Procuraduría es de opinión que deben desecharse las excepciones invocadas y ordenar que continúe la ejecución instaurada por la Sindicatura ya indicada".

Se considera:

La Corte estima que una vez liquidado un impuesto sobre una sucesión, aunque ya se hubiere liquidado otro sobre la misma y se hubiere pagado, el Síndico tiene derecho de perseguir el cobro del impuesto ya liquidado y no cubierto en otro juicio adelantado respecto de la misma sucesión; pero estima también que la defensa de los derechos del Tesoro Nacional no es suficiente para que se avenga con la justicia el que el Síndico pida la nulidad del juicio en que ya los derechos del Lazareto han sido pagados, por la razón que da este funcionario de que en el otro juicio seguido sobre la misma sucesión esos derechos fueron liquidados en mayor suma que la deducida en el otro juicio cuya nulidad ha invocado; pues es natural suponer que es cierto el avalúo verificado en el juicio en que los derechos se pagaron, porque el Síndico tiene que haber sido parte en ese juicio, y en él debió intervenir con el derecho que le da la ley para hacer los reparos del caso a la apreciación pericial; y, además, si el avalúo no alcanzó en ese juicio a la suma que en el otro por acto doloso o fraude de los herederos, el Síndico puede sancionar ese acto.

Presumiéndose cierto el avalúo verificado en el juicio en que los derechos han sido cubiertos, si la Sindicatura cobra el impuesto liquidado y no pagado en otro de los juicios adelantados sobre la misma sucesión, el deudor ejecutado puede excepcionar eficazmente aduciendo el recibo sobre el pago efectivo, pues es natural que no puede cobrarse dos veces una misma cosa. Por esta razón, la excepción de pago real propuesta debe prosperar, sin que ello le arrebate a la Sindicatura el derecho que tiene, de conformidad con la ley, para pedir inventarios adi-

cionales y deducir el impuesto sobre los bienes que en la primera diligencia no fueron inventariados; como tampoco le arrebata el derecho de objetar los avalúos en el juicio en que se liquidaron y pagaron los impuestos, si esos avalúos no se realizaron conforme a la ley.

Las excepciones propuestas bajo los numerales 2º y 3º no son conducentes, porque ello no puede ser materia de estudio de la Corte sino del Juzgado respectivo, que es el que tiene jurisdicción para resolver respecto a ese asunto.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara:

Primero.—No son conducentes las excepciones propuestas bajo las denominaciones de ser falsos los elementos que sirvieron de base para adelantar el juicio de sucesión de Gertrudis Romero León en el Juzgado 2º del Circuito de Bogotá, y la de ser simulado dicho juicio.

Segundo.—Declárase probada la excepción de pago propuesta. Por tanto, se ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes sometidos a la traba ejecutiva.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

Avisamos a los suscriptores de GACETA JUDICIAL que el número 1903 ha sido dedicado al índice de los números anteriores, y que por esta razón no se publicó en orden de serie con los números anteriores de la GACETA. Igualmente avisamos que el número 1911 está destinado a Indice y Jurisprudencia del Tomo XLIII, y que con el número 1912 empezará el Tomo XLIV.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

INDICE

Págs.

EDITORIAL.—El orden jerárquico en la aplicación de las leyes. Gualberto Rodríguez Peña 497

COLABORACION JURIDICA.—Sociedades.—Miguel Moreno Jaramillo..... 501

SALA DE CASACION EN LO CIVIL.

COMPRA POR UN ALBACEA DE BIENES DE LA SUCESION. — APLICACION DEL ART. 2170 DEL C. C.—INAPLICABILIDAD AL CASO DEL ART. 1351 CUANDO NO HAY HEREDEROS QUE ESTEN BAJO GUARDA.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Carmen R. Carmona v. de Bedoya contra Aureliano Bedoya y José D. Carmona.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 505

SERVIDUMBRE DE TRANSITO.—DETERMINACION EN EL TITULO, DEL PREDIO SIRVIENTE Y DEL PREDIO DOMINANTE.—LINDEROS DE LOS PREDIOS.—RECONOCIMIENTO EXPRESO DE UNA SERVIDUMBRE POR EL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE Y DIVISION DEL PREDIO DOMINANTE.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en el juicio ordinario seguido por Isaías Aristizábal contra Onofre Serna y otros. — Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 508

BIENES DE USO PUBLICO.—VIAS PUBLICAS.—NULIDAD DE LAS ENAJENACIONES DE VIAS PUBLICAS. ARMONIA ENTRE LAS DISPOSICIONES CONCERNIENTES A ESA NULIDAD Y LAS DISPOSICIONES QUE SEÑALAN LAS FUNCIONES DE LOS CONCEJOS EN RELACION CON ARREGLO Y EMBELLECIMIENTO DE CALLES.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por el señor Roberto Tobón contra el Municipio de Bogotá, Ana Rosa Zapata de Vergara y Daniel Zapata.—Magistrado ponente, doctor Eduardo Zuleta Angel 514

DEMANDA DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS Y DE NULIDAD DEL REGISTRO DE UNA ESCRITURA. Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio seguido por Alejandro Bonilla Salazar contra la Comunidad Dominicana.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 525

ERROR EN LA PARTICION.—TEORIA GENERAL DEL ERROR. — CLASIFICACION TRIPARTITA DE LOS ERRORES. CONFORMIDAD DE LOS ARTICULOS 1509, 1510, 1511 Y 1512 DEL CODIGO CIVIL COLOMBIANO CON LA CONCEPCION DE LA DOCTRINA FRANCESA SOBRE EL ERROR.—CUANDO HAY ERROR EN UNA PARTICION. Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Juan de Jesús Tenorio Villalobos contra Ana Dolores Tenorio de Cobo y Bartolomé López sobre nulidad de una partición.—Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 530

ACCION DE REFORMA DE UN TESTAMENTO.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Jorge Enrique Rojas contra María Luisa del Carmen Rodríguez o Caitán sobre reforma de un testamento.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 537

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pamplona en el juicio ordinario por pesos seguido por Martín Quintero R. contra la sucesión de Esteban E. Numa, representada por Sara de Numa. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 539

PLAZO TACITO.—Salvamento de voto del magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo 545

DEMANDA SOBRE NULIDAD DE UNA LIQUIDACION Y DE UNA COMPRAVENTA. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Salvador Pérez contra Deogracias Román y otros.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 547

AUTO PARA MEJOR PROVEER dictado en el juicio ordinario seguido por Alejandro Bonilla contra la Comunidad Dominicana.—Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha.... 551

AUTO PARA MEJOR PROVEER dictado en el juicio ordinario seguido por Luciano Herrera contra Delfín Martínez. — Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo..... 552

NULIDAD ABSOLUTA ENTRE LOS SOCIOS. Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por la Compañía de Navegación del Río Cauca contra Francisco Jaramillo Ochoa.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo..... 554

DEL TRANSPORTE EN GENERAL. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por la Compañía Colombiana de Seguros contra The Colombia Railways & Navigation Co. Ltd.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 566

EXCLUSION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL—PERDIDA DEL DOCUMENTO.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario seguido por Bonifacio Gaitán contra Salvador

Págs.

Vanegas por pesos Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 574

RESPONSABILIDAD POR CULPA.—Se casa con el fin de adicionarla, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que por perjuicios siguió el señor Evaristo Herrera contra el Municipio de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 581

AUTO PARA MEJOR PROVEER dictado en el juicio ordinario seguido por Anacleto Rengifo contra Sergio Orejuela.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo..... 592

ACCION DE REIVINDICACION. — Sentencia de instancia dictada en el juicio ordinario seguido por Anacleto Rengifo contra Sergio Orejuela.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 596

REIVINDICACION—PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS.—PACTO DE RETROVENTA.—Cásase parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio reivindicatorio seguido por Abel Rey Suárez contra José María Hurtado.—Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 606

PRESTACION Y COBRO DE SERVICIOS MEDICOS.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario seguido por Antonio Rivadeneira contra The Santa Marta Railway Co. Ltd.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 617

EL CONTRATO DE TRABAJO.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario sobre pensión y jubilación seguida por Carlos E. Jessup contra The Santa Marta Railway Co. Ltd.—Magistrado ponente, Dr. Liborio Escallón 621

Salvamento de voto del magistrado Dr. Juan Francisco Mújica 624

INCOMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE UN RECURSO DE CASACION.—Se abstiene la Corte de conocer en casación del recurso interpuesto contra la providencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio de división material de los terrenos de «Aguablanca», «Salinas» y «El Llano de la Ciudad de Cali», demandada por Bernardino Roa y Francisco A. Figueroa.—Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 626

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. EDUARDO ZULETA ANGEL 629

RECURSO DE REPOSICION. — Se niega el interpuesto contra la anterior sentencia dictada en el juicio ordinario seguido por Bernardino Roa y Francisco A. Figueroa sobre división material de los terrenos de «Aguablanca», «Salinas» y «El Llano de la Ciudad de Cali». — Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 631

Págs.

ACLARACION DEL MAGISTRADO DOCTOR EDUARDO ZULETA ANGEL 636

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

FALSIFICACION DE GIROS TELEGRAFICOS CON APROPIACION DEL DINERO. No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Pereira en la causa contra Gilberto Elías Ceballos, por falsificación de documentos de crédito y estafa. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez..... 637

HOMICIDIO VOLUNTARIO. — SE ALEGA DESACUERDO CON LOS CARGOS DEL AUTO DE PROCEDER.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Ascensión González por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 640

HERIDAS EN RIÑA.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa contra José Osorio por el delito de heridas.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 642

DISCONFORMIDAD DE LA SENTENCIA CON EL AUTO DE PROCEDER Y EL VEREDICTO DEL JURADO.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué contra Simón A. Marín, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 644

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. (Con alevosía de parte del matador y ofensas inferidas por la víctima inmediatamente antes)—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué contra Miguel Ranta, por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez. 647

UN TERCER CUESTIONARIO POR AGRAVANTES.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Cali en la causa contra José Ernesto Asprilla por homicidio y heridas.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 650

RETARDO DEL JUEZ EN DECRETAR LA LIBERTAD DEL SINDICADO. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, y en su lugar se absuelve al doctor Aníbal Córdoba, Juez del Circuito de Ipiales, por el cargo de detención arbitraria. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 653

HERIDAS.—SE CASTIGA POR UNA INCAPACIDAD MAYOR QUE LA DEDUCIDA EN EL AUTO DE PROCEDER.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa contra Epaminondas Urueña por doble delito de heridas. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 655

VIOLACION DE LA LEY EXPRESA EN MATERIA CIVIL. — Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, a favor del doctor Obdulio Rodríguez, Juez 1.o del Circuito de

Págs.

Cuaresque.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 657

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. SEGUNDO GRADO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra José Motavita por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 658

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO. SEGUNDO GRADO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga contra Severo Méndez por el delito de homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez 661

ENVENENAMIENTO. — LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en la causa contra Visitación Valencia por el delito de envenenamiento.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez..... 662

HOMICIDIO.—CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, LUGAR Y UBICACION QUE DETERMINAN LA COMISION DEL DELITO.—CONCURSO RECIPROCO DE DELINCUENTES. No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Gerardo Mejía, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias. 665

HOMIDIO. — NULIDAD POR OMISION DE FORMALIDADES LEGALES DE PROCEDIMIENTO.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en la causa contra Arquímedes Achicanoy, por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 669

HERIDAS.—LESION LEVE.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pasto en la causa contra José Ignacio Gálvez, por heridas.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 671

JUICIO DE RESPONSABILIDAD.—Se absuelve al ex-magistrado del Tribunal Superior de Cartagena doctor Juan Antonio de La Espriella, del cargo de abandono del empleo y se le condena por usurpación de jurisdicción.—Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 674

LA CONDENACION OFICIOSA AL PAGO DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR EL DELITO, AUNQUE VIOLA EL ART. 22 DE LA LEY 104 DE 1922, NO ES MOTIVO DE CASACION—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga en la causa contra Juvenal Sierra, por homicidio.—Magistrado ponente. Dr. José Antonio Montalvo 677

SE INFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA PROFERIDA CONTRA UN ANORMAL.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Carlos Alberto o Carlos Hugo Angel, por homicidio. — Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 680

CORRECCION 683

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

EXCEPCION DE COSA JUZGADA.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por The Anglo South American Bank Limited contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente, doctor Aníbal Cardoso Gaitán 683

PENSION.—Se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Popayán en la demanda que sobre pago de una pensión instauró contra la Nación J. Bolívar Mosquera. — Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 685

AUTO EJECUTIVO CONTRA UN DEPARTAMENTO. Se confirma el auto ejecutivo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá contra el Departamento de Cundinamarca en virtud de demanda de Melania Muñoz v. de Sánchez.—Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 687

PENSION.—Se decreta la vitalicia a favor del doctor José D. Ramos como funcionario del Poder Judicial. — Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 689

CURADOR AL DEUDOR QUE SE OCULTA. LA CALIDAD DE SUMARIA DE UNA PRUEBA SE REFIERE AL MODO COMO ELLA SE PRODUCE.—PRUEBA SUMARIA ES LA QUE NO ES CONTROVERTIDA.—Se confirma un auto dictado por el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales en el juicio contra el señor Lisandro Durán.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 690

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO.—Se ordena cesar la ejecución y desembargar los bienes sometidos a la traba ejecutiva en el ejecutivo seguido por la Sindicatura de Lazaretos de Bogotá contra Félix A. Romero León, Apolonia Romero de Clavijo, Polidoro Romero L. y Salomón Gutt.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 692

Código Judicial

(Ley 105 de 1931)

TERCERA EDICION 1936.

Por el Dr. José Antonio Archila

En el curso del presente mes de octubre estará a la venta esta obra. - Todo lo relativo a organización judicial y procedimiento, al día y en forma ordenada y analítica. Adquiera Ud. este libro de singular importancia.

Editorial "Cromos"

— Bogotá —

La "Cherry Burrell Corporation" De New York

Que es la más grande organización fabricante de equipos de pasteurización y enfriamiento de leche. ha suministrado en Estados Unidos el OCHENTA POR CIENTO de la maquinaria y equipos para lecherías.

La PLANTA PASTEURIZADORA que se instalará en Caracas (Venezuela), es una demostración cercana de lo que son los equipos de la CHERRY BURRELL.

Tenemos en Bogotá un experto que puede suministrar toda clase de detalles, presupuestos, etc., a los interesados en todo el país.

APODERADO EN COLOMBIA:

ARTURO MANRIQUE

BOGOTA—Calle 13, Nº 11-21. Apartado postal, 352.
Aéreo, 36-38.——Teléfono 77-89.

CORTE PLENA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que establece la acción pública para acusar ante la Corte las leyes y decretos inconstitucionales, se limita a señalar los motivos de la acusación y las personas que pueden ejercitarla. La Corte ha interpretado con amplitud esta disposición para no hacer nugatorio con un rigorismo procedimental el derecho de los ciudadanos. Basta que se determinen con claridad la disposición o disposiciones que se acusan y los preceptos constitucionales que se consideren infringidos y que se expongan además los motivos que fundamentan la acción, para que se deba admtir la demanda, sin que sea necesario sujetar ésta a las ritualidades procesales exigidas para las demandas civiles en general. La Ley 96 de 1936, que todavía no ha entrado en vigencia, señaló el procedimiento para los juicios de inexequibilidad que se adelantan ante la Corte y se inspiró en los propósitos de esta corporación para hacer eficaz y sencillo el ejercicio del derecho de defensa de la Constitución otorgado a los ciudadanos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Sala de Decisión.—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

Apoyado en el concepto del señor Procurador General de la Nación, el H. Magistrado doctor Cardoso Gaitán, en auto de fecha 22 de junio del año pasado, se abstuvo de darle curso a la demanda de inexequibilidad de algunas disposiciones del Decreto Legislativo número 136 de 1932, presentada por el señor Carlos Abondano Rizo, por considerar que el demandante no expresó en forma clara la acción ni el derecho en que se funda.

El demandante, por medio de su apoderado, doctor Pablo L. Acevedo, corrigió la demanda con fecha diez de junio de este año. El señor Magistrado sustanciador en providencia de diez y seis de junio, resolvió lo siguiente:

"Como a pesar de haberse devuelto la demanda al interesado para que éste la corrigiera y presentara en forma legal, tal cosa no se ha hecho, no obstante el largo lapso transcurrido desde el auto anterior de la Corte, es el caso, por no haberse dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 205 del Código Judicial, de rechazar, como en efecto se rechaza, la demanda".

Como fundamento de esta determinación se exponen las siguientes razones:

"El Magistrado sustanciador, obrando de acuerdo con la opinión del señor Procurador General de la Nación y teniendo en cuenta que la demanda, en la forma en que se presentó, da base a considerar que el demandante pretende adelantar una acción privada encaminada a obligar a la Nación a que cumpla una sentencia del Consejo de Estado que le reconoció una pensión y fijó su cuantía, así como da base también para entender que lo que el demandante persigue es tan sólo una declaración de inconstitucionalidad por la Corte acerca de disposiciones del Decreto Legislativo Nº 136 de 1932, consideró conveniente abstenerse de dar curso a la demanda mientras el interesado aclaraba el libelo, y así lo dispuso en auto de 22 de junio de 1935.

"Nuevamente, y hablando en esta ocasión por medio de su apoderado, el señor Abondano se dirige a la Corte en memorial fechado el 10 del mes en curso, en el cual tampoco aclara la demanda, ni la limita o reduce, bien a la acusación por inconstitucionalidad, o bien a la acción privada contra la Nación. En dicho memorial se lee: 'En cuanto a la inconstitucionalidad del artículo 7º del decreto acusado, que reduce a treinta pesos solamente la pensión de los nietos de los próceres, que es el caso de mi poderdante como nieto del prócer José Silverio Abondano, no puede ser más lesivo de **sus derechos** (subraya la Corte) adquiridos por la sentencia de 23 de mayo de 1928 del Consejo de Estado'.

"La acción sobre inconstitucionalidad de un decreto es de naturaleza diferente a la acción en que se acusa una providencia de esa clase como lesiva de derechos privados

patrimoniales. Y en el caso de autos el interesado se querella del daño que dice se le ha causado a su patrimonio por el desconocimiento de un derecho que afirma le reconoció una sentencia del Consejo de Estado.

"Por lo demás, el mencionado memorial adolece de una falta completa de claridad para exponer los hechos y el derecho que sirvieran de fundamento a la demanda. El memorial último, lejos de traer luz acerca del contenido y propósitos del libelo, aporta mayores elementos de confusión".

Se observa que el ejemplar del Diario Oficial donde aparece publicado el acto acusado, se presentó debidamente autenticado, y que el demandante exhibió la cédula de ciudadanía, para cumplir las exigencias anotadas en su vista por el señor Procurador.

Contra el auto anterior se concedió el recurso de súplica, el cual se pasa a decidir, previas las siguientes consideraciones:

El apoderado del señor Carlos Abondano Rizo determinó la acción en el memorial de fecha diez de junio pasado, en la forma siguiente:

"En ejercicio de mi mandato, en nombre de mi poderdante contraigo su acción, con las reservas indicadas en el poder, a acusar la inconstitucionalidad de los referidos artículos 6º y 7º del Decreto 136 de 1932 y a pedir como pido en su nombre que se declaren inexequibles con los efectos constitucionales correspondientes, por ser el 6º invasivo de las facultades judiciales del Consejo de Estado y el 7º lesivo de los derechos adquiridos y garantizados por el artículo 31 de la Constitución Nacional".

Más adelante agrega:

"Por tanto, señores Magistrados, tengo el honor de pediros en nombre de mi poderdante y para restablecer el nombre y dignidad y crédito de la Nación, que declareis inexequibles los artículos 6º y 7º del Decreto número 136 de 1932 y devolváis a los descendientes de los próceres la integridad de sus pensiones como la de mi poderdante en los términos de la Constitución Nacional".

Si se estima que en la demanda presentada por el señor Abondano no se precisó la acción, en los apartes transcritos sí está determinada con claridad y se señalan los preceptos constitucionales que se consideran violados con las disposiciones acusadas.

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que establece la acción pública para acusar ante la Corte las leyes y decretos inconstitucionales, se limita a señalar los motivos de la acusación y las personas que pueden ejercitarla. La Corte ha interpretado con amplitud esta disposición para no hacer nugatorio con un rigorismo procedimental el derecho de los ciudadanos. Basta que se determinen con claridad la disposición o disposiciones que se acusan y los preceptos constitucionales que se consideren infringidos y que se expongan además los motivos que fundamentan la acción, para que se deba admitir la demanda, sin que sea necesario sujetar ésta a las ritualidades procesales exigidas para las demandas civiles en general.

La Ley 96 de 1936, que todavía no ha entrado en vigencia, señaló el procedmiento para los juicios de inexequibilidad que se adelanan ante la Corte y se inspiró en los propósitos de esta corporación para hacer eficaz y sencillo el ejercicio del derecho de defensa de la Constitución otorgado a los ciudadanos. El artículo 2º de la Ley mencionada dice así:

"El memorial o escrito en que se pida a la Corte Suprema de Justicia la declaración de inexequibilidad de leyes o decretos deberá contener: 1º, la transcripción literal de la disposición o disposiciones acusadas como inconstitucionales; 2º, el señalamiento o designación de los textos constitucionales que se consideran infringidos; y 3º, las razones por las cuales dichos textos se consideran violados.

"Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos a los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta a la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Si en la demanda de inconstitucionalidad se encuentran peticiones que no se conforman con las atribuciones de la Corte, o apreciaciones inconducentes, es en el fallo definitivo donde se deben deslindar estas cuestiones, limitando las declaraciones de esta entidad a los puntos que sean pertinentes. Pero si se niega el curso de la demanda por contener en su texto solicitudes que no son del resorte de esta corporación, se corre el riesgo de perjudicar la acción de inexequibilidad planteada con claridad en el libelo.

Por todas estas razones, la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala de Decisión, resuelve:

Revocar el auto de fecha diez y seis de junio pasado y admitir la demanda presentada por el señor Carlos Abondano Rizo sobre inconstitucinalidad de algunas disposiciones del Decreto número 136 de 1932. De la demanda y del memorial de corrección de ella se correrá traslado al señor Procurador Ge-

neral de la Nación para que dé su concepto.

Téngase al doctor Pablo L. Acevedo como apoderado del señor Carlos Abondano Rizo en estas diligencias.

Cópiese y notifíquese.

Pedro Alejo Rodríguez, Salvador Iglesias, José Antonio Montalvo, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Miguel Moreno J., Ricardo Hinestrosa Daza, Liborio Escallón, Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica, Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE NO HABER SIDO EJECUTADA UNA SENTENCIA

El recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina, en cada caso particular, a estudiar y decidir si la ley sustantiva ha sido o no violada por la sentencia del Tribunal; la sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso, y es defendiendo la ley como la Corte casa o no infirma la sentencia. La enmienda de los agravios inferidos a las partes por un fallo, concepto meramente particular y privado, ya no es fin principal del recurso de casación, sino únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes en un juicio, sino a la comunidad misma. La Corte ha sostenido desde hace muchos años, que si bien es cierto que el ser una sentencia contraria a la cosa juzgada no es de las causales de casación señaladas por la ley, no obstante la Corte ha reconocido que siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustantiva establece como invulnerable, o como inviolable, una sentencia pronunciada en contra de lo que ha decidido en otra ya ejecutoriada y en juicio que verse entre las mismas partes, sobre la misma cosa y por la misma acción, sería violatoria de la ley sustantiva y estaría sujeta a ser anulada por virtud del recurso de casación. No puede alegarse como causal de casación el hecho de que el fallo de un Tribunal sea contrario o viole una sentencia de la Corte, cuando quien alega tal motivo no fue parte en el juicio que terminó con el fallo de la Corte, porque las sentencias sólo perjudican y aprovechan a quienes han sido parte en el juicio y, además, porque la ley se aplica al caso especial del pleito y no por vía general, para pleitos futuros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil—Bogotá, primero de junio de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón)

ANTECEDENTES DE ESTE PLEITO

Ignacio Esparza, entabló ante el juez 2º del Circuito de Bucaramanga, juicio de deslinde y amojonamiento de la finca denominada "La Floresta", situada en el paraje de la vega de los Angeles, en el municipio de Lebrija, contra Juan Carrillo y Gorgonio González, dueños, respectivamente, de los predios de Palermo y Cutigatá, en la parte en que estos predios limitan con el de La Floresta.

El juicio especial tomó el carácter de ordinario por oposición y con fecha 17 de noviembre de mil novecentos treinta la Corte Suprema dictó la correspondiente sentencia de casación.

La Corte casó parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga el treinta y uno de mayo de mil novecientos veintisiete y dictó auto para mejor proveer en el cual ordenó que se practicara una diligencia de inspección ocular, con intervención de peritos, sobre el terreno respecto del cual fue entablada la acción de deslinde y fijó las cuestiones que debían ser con especialidad materia del dictamen de los peritos.

De conformidad con dicha resolución se practicó la inspección ocular, el seis de julio de mil novecientos treinta y uno, y posteriormente la Corte, en virtud de esa diligencia, fijó la línea divisoria entre los predios de La Floresta y Palermo y entre La

Floresta y el comprado por Gorgonio González a Luis Felipe Tarazona.

En cumplimiento de esa sentencia se procedió por el juez 2º del Circiuto de Bucaramanga a la localzación de la línea sobre el terreno y entrega de las zonas, lo cual se llevó a cabo el diez y siete de octubre de mil novecientos treinta y dos. No satisfecho el apoderado de Gorgonio González con lo resuelto por el juez en la diligencia, reclamó de ella y no habiendo prosperado su reclamo acudió al Tribunal Superior, donde su solicitud fue también despachada desfavorablemente.

Demanda

En tal virtud el apoderado de Gorgonio González, demandó a Tiburcio Argüello, sucesor de Ignacio Esparza, en el dominio del predio de La Floresta, para que por los trámites del juicio ordinario se hiciera la siguiente declaración: que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación en lo Civil, pronunciada en el juicio de deslinde y amojonamiento, entre Ignacio Esparza, de una parte, y Juan Carrillo y Gorgonio González, de otra parte, de fecha veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y dos, no ha tenido ejecución válidamente jurídica, cuanto se refiere al punto segundo de la parte resolutiva. La no ejecución de la sentencia la hace consistir el demandante "en no haber el juzgado 2º del Circuito de Bucaramanga, puesto en posesión material de las zonas entregables a los interesados en dicho juicio, ni a sus representantes legales, con facultades suficientes para tal acto de recibir la tenencia de la cosa y otorgar el ánimo de señor y dueño y en que el doctor Francisco Puyana M., quien en calidad de vocero del doctor Manuel Enrique Puyana, concurrió a la diligencia de ejecución de la sentencia referida, no manifestó si recibía la zona que el juzgado decía entregarle, ni fue requerido por el juzgado para que manifestara su voluntad. Y en que el doctor Francisco Puyana M. conforme a su calidad jurídica de vocero, no tenía facultad para recibir ni le fue conferida esa facultad, en el escrito en que el doctor Manuel Enrique Puyana, le designó como vocero.

Fundó su derecho en los artículos 551, 869, 260 del C. J. y 762 y 778 del C. C. y disposiciones concordantes con éstas.

El juez 2º del Circuito de Bucaramanga desató la litis en sentencia de 22 de septiembre de mil novecientos treinta y tres, absolviendo al demandado Tburcio Argüello de los cargos de la demanda y resolviendo en consecuencia que no era el caso de hacer la declaración pedida por el demandante.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, confirmó la sentencia de primer grado.

El demandante Gorgonio González interpuso recurso de casación contra el fallo del Tribunal, el cual pasa a decidirse.

Análisis de la acción

No se trata en este juicio ni se ha demandado la revisión de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia, el diez y siete de noviembre de mil novecientos treinta. Todo lo contrario, la parte actora acepta dicha sentencia y su demanda, basada en ese fallo, se encamina a obtener una declaratoria respecto de la no ejecución de la tal sentencia. El demandante cree que el mencionado fallo, no ha sido ejecutado debidamente, que no ha tenido aplicación práctica y por eso su acción se encamina a ese punto.

El Tribunal después de estudiar los caracteres de la acción concluyó, una vez que estudió la cuestión de hecho, que el acto no logró con la documentación acompañada establecer los vicios que afectan de nulidad la diligencia sobre amojonamiento y entrega y que por lo tanto no es el caso de hacer las declaraciones solicitadas en la demanda.

El recurso de casación

Como el primer cargo que hace el recurrente es el de violación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por apreciación errónea de las pruebas, estima la Corte que es del caso hacer algunas consideraciones, sobre el particular.

El recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina, en cada caso particular a estudiar y decidir si la ley sustantiva ha sido o no violada por la sentencia de un Tribunal; la sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso, y es defendiendo la ley, como la Corte casa o no infirma la sentencia.

La enmienda de los agravios inferidos a a las partes por un fallo del Tribunal, concepto meramente particular y privado, ya no es fin principal del recurso de casación, sino únicamente la defensa de la ley, concepto general, que aprovecha no sólo a las partes en un juicio, sino a la misma comunidad. Ese es a juicio de la Corte, el alcance del artículo 519 del C. J. al modificar el artículo 149 de la Ley 40 de 1907, más am-

plio que el que hoy rige sobre el particular, puesto que consagraba dos finalidades en el recurso de casación, uniformar la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes, al paso que hoy no está consagrada sino una sola finalidad, uniformar la jurisprudencia, aunque es obvio que consecuencialmente se enmienda el agravio inferido a las partes.

El régimen constitucional y legal de Colombia, se caracteriza por la voluntad del constituyente y legislador de mantener intangibles las normas jurídicas de modo que permanezcan y produzcan sus efectos, mientras el mismo legislador no las modifique o derogue. Así, la atribución conferida a la Corte por el artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, está encaminada a mantener la guarda de la integridad de la Constitución, integridad que podría quedar lesionada por leyes o decretos inconstitucionales. Las atribuciones dadas al Consejo de Estado y a los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, tienen por objeto mantener la integridad de la Constitución y de la Ley, que pudieran ser lesionadas por actos emanados de las autoridades administrativas y políticas.

En las acciones para mantener la integridad de la Constitución, o la integridad de la Ley, en los casos anteriores, se parte de un concepto general, que atañe e interesa a toda la comunidad, y por eso se consagra la acción popular. En la acusación de una sentencia, y en el fallo que dicta la Corte de Casación se tiene en cuenta y se busca la defensa de la ley, pero se procede por una acción de carácter privado, porque el fallo acusado, sea o no violatorio de la ley, no perjudica ni aprovecha sino a los que han litigado; por eso una sentencia sobre inexequibilidad de una ley o un fallo sobre nulidad de un acto adminstrativo, por violatorio de la Constitución o de la Ley, obliga a todos al paso que una sentencia de casación no establece vínculo jurídico, sino entre las partes y sólo para ellas tiene fuerza de ley o para quienes por disposición legal aproveche o perjudique el fallo.

De esto resulta que una sentencia no puede ser acusada, por el único concepto de ser violatoria de un fallo de la Corte, porque si éste es ley para las partes, no lo es ni puede serlo para los demás.

Resultan de esto dos conclusiones: Primera: La violación de una sentencia de la Corte no puede llevar a la violación de la cosa juzgada y entonces el recurso es viable, no porque se haya violado la sentencia, sino la ley sustantiva, que establece el respeto a la cosa juzgada, como una de las bases de seguridad social. Mas para esto es necesario que concurran las circunstancias y condiciones que dan nacimiento al hecho jurídico de la cosa juzgada, a saber: identidad de personas, de acciones y la misma naturaleza de los juicios.

Por eso la Corte ha sostenido desde hace muchos años, que si bien es cierto que el ser una sentencia contraria a la cosa juzgada, no es de las causales de casación señaladas por la ley, no obstante la Corte ha reconocido que siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustantiva establece como invulnerable, o como inviolable, una sentencia pronunciada en contra de lo que ha decidido en otra ya ejecutoriada y en juicio que verse sobre las mismas partes, sobre la misma cosa y por la misma acción sería violatoria de la ley sustantiva y estaría sujeta a ser anulada por virtud del recurso de casación.

La segunda conclusión es la siguiente:

No puede alegarse como causal de casación el hecho de que el fallo de un Tribunal Superior sea contrario o viole una sentencia de la Corte Suprema, cuando quien alega tal motivo no fue parte en el juicio que terminó con el fallo de la Corte, porque las sentencias sólo perjudican y aprovechan a quienes han sido parte en el juicio y además, porque la ley se aplica al caso especial del pleito y no por vía general, para los pleitos futuros.

La interpretación que hacen los jueces en las sentencias por vía de doctrina, sirve para ilustrar otros casos semejantes, pero no constituyen una norma inmodificable. Por eso, no obstante el respeto que merecen las decisiones de la Corte, fue derogado el artículo 4º de la ley 169 de 1896, y aún en la vigencia de ese artículo se consideró la posibilidad, que es una realidad de la variación o modificación de las doctrinas de la Corte, porque de otra manera un concepto meramente estático, impediría el avance y evolución del derecho y su acomodamiento a las realidades.

Análisis del recurso

El recurrente alega cinco motivos para impetrar la casación, que pueden sintetizarse así:

a) Violación de la sentencia de la Corte, por apreciación errónea de la prueba e interpretación errónea de la misma, no reconociendo la fuerza de la cosa juzgada en el cumplimiento o ejecución del fallo; b) Error

de hecho consistente en haber aceptado que la línea divisoria de que trata el punto segundo de la parte resolutiva del fallo pudo trazarse geométricamente desde el punto cercano a la confluencia de las quebradas de Cutigatá y Cañoseco, punto que queda a diez cabuyas y media de 76 varas granadinas, en dirección al mojón cuadrilateral a un punto que no se marcó con señal alguna material, visible y palpable, pues la única marca distintiva de este punto fue una simple señal que el juez ejecutor hizo ostensiblemente con su propia mano, mano que fue retirada cuando el mismo juez fue a buscar el que debía ser y no fue extremo terminal de la recta imposible; c) Violación de la ley sustantiva, artículo 1º de la ley 33 de 1905, porque el Tribunal aceptó que la distancia a que debía quedar colocado el mojón de la recta era de diez y media cabuyas, de 76 varas granadinas; y violación de los artículos 594, 696, 697 del C. J., 1757 y 1602 del C. C., y 26 y 52 (sic) del título preliminar del C. C., por cuanto el Tribunal estimó la declaración del testigo Carlos Díaz como una prueba completa y por cuanto la sentencia de la Corte creó una situación jurídica e inalterable para las partes que intervinieron en el juicio en que fue pronunciada y esa situación jurídica no podía cambiarse sino por voluntad expresa de las mismas partes o por causas legales. Estima el recurrente que esa situación se alteró al variar la colocación del mojón.

Estudiando estas causales, encuentra la Corte que todas, con excepción de la marcada con la letra b) son medios nuevos de casación, que están fuéra de la litis, porque los hechos fundamentales de la demanda, son extraños completamente a los motivos alegados. En efecto, los trece hechos de la demanda son en síntesis estos: La Corte Suprema pronunció, con fecha 23 de febrero de 1932, la sentencia en el juicio de deslinde promovido por Ignacio Esparza contra Juan Garrido y Gorgonio González, sentencia que se ordenó poner en ejecución por el juez 2º del Circuito de Bucaramanga y se decretó la entrega de las zonas en litigio; el apoderado del demandante Ignacio Esparza sí tenía facultad para recibir, pero no así el vocero en la diligencia, doctor Francisco Puyana M. El apoderado no asistió a la diligencia, sino el vocero mencionado: el juez del circuito quiso hacer la entrega de las zonas en litigio, o sea poner en posesión material a la parte representada por Ignacio Esparza, de la zona que le señalaba la sentencia de la Corte Suprema, declarando el juez de viva voz que hacía tal entrega, pero sin que los semovientes y otros muebles existentes en la zona hubieran sido sacados de ella y sin que se diera ninguna posesión material al vocero; el vocero no manifestó que recibiera ni diera por recibida la zona que dijo el juez entregarle y carecía de facultad para recibirla; el doctor Manuel Enrique Puyana así lo acepta en un memorial dirigido al Tribunal Superior; el señor Tiburcio Argüello es causahabiente a título particular, de Ignacio Esparza en lo que dice relación al predio de la Floresta; el señor Esparza había fallecido antes de concluír el juicio ordinario y la finca de La Floresta, cuya alinderación señala el demandante, fue subastada dentro del juicio de sucesión de Ignacio Esparza y adjudicada a Tiburcio Argüello.

El apoderado del actor corrigió la demanda para agregar el siguiente hecho: de los dos puntos señalados por la Corte en la sentencia, no podía prescindirse por tratarse de una recta y ese señalamiento tenía que ser mediante una señal material y visible, y es el caso que el juez segundo del circuito, al hacer la diligencia de amojonamiento y entrega, señaló uno de los puntos, ostensiblemente, con su propia mano, pero la mano del señor juez no es señal de amojonamiento; hay que concluír que se pretende una recta partiendo del punto de Cañoseco hacia el punto cerca a Cola de Pato, sin que este punto hubiera sido señalado materialmente y con estabilidad siquiera un día.

Así fue planteada la litis, y sobre esas bases fue contestada la demanda, haciendo constar el apoderado del actor que para todo evento declara que ha recibido, a nombre de Esparza, la zona en litigio y que ratifica la diligencia en todas sus partes.

Resulta entonces lo siguiente: los motivos alegados en casación hubieran podido ser fundamento de la acción, pero no habiendo sido ninguno de ellos, con excepción del marcado con la letra b), invocado en la demanda, se repite, son medios nuevos que no pueden tenerse en cuenta y es preciso por lo tanto desechar. De otra manera, una demanda de casación podría tener la virtud de modificar, enmendar y aun variar la demanda base del juicio, la que dio origen a la relación jurídico procesal, lo cual es indamisible.

Aun cuando el artículo 537 del C. J. dispone el estudio lógico de las causales aducidas, de lo cual se desprende el estudio de cada una por separado, entiende la Corte que tal cosa es para cuando los motivos aducidos no son medios nuevos de casación, porque si ello no es así, sería inoficioso estudiar uno a uno motivos que no pueden ser tenidos en cuenta al fallar el recurso.

Respecto de la causal comprendida en la letra b) de este fallo, la Corte observa: el demandante, fuéra de la copia del acta de la diligencia de fijación de la línea y entrega, no trajo ninguna otra prueba. El Tribunal concluyó basándose en esa diligencia, que brilla por su claridad y precisión, que el actor no ha logrado con la documentación acompañada, establecer los vicios que afecten de nulidad sustantiva la precitada diligencia, y por eso confirmó la sentencia recurrida.

En esa diligencia no se dice, ni de ella se desprende, que uno de los extremos de la línea hubiera sido señalado de una manera transitoria y fugaz, por la mano del juez, de modo que al retirarla hubiera quedado impreciso el punto. No; lo que resulta es que el juez indicó el lugar donde debía clavarse el mojón, y desde ese punto, según consta claramente en la diligencia, se trazó técnicamente la línea, se fijó la orientación e intervino en toda la operación el ingeniero Manuel T. Múnera. Y ésta fue la misma conclusión a que llegó el Tribunal en la sentencia recurrida, por donde se ve que no está demostrado el cargo que hace el recurrente en el punto que se analiza.

Además, de la diligencia aparece que se localizó un punto intermedio de la recta trazada, punto casi equidistante de los extremos y cuya distancia al mojón segundo, es aproximadamente de setecientos metros. Resulta entonces que el mojón del extremo oriental, o mejor, el punto desde donde arranca la línea en ese extremo, quedó perfectamente localizado de una manera permanente, pues habiendo sido clavado un mojón intermedio entre los dos extremos y en un lugar equidistante entre ellos, es claro que el mojón oriental, el punto de donde arranca la línea en ese extremo, está determinado y fijado de una manera permanente, pues basta relacionarlo con el mojón intermedio.

En virtud de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no infirma la sentencia recurrida.

Sin costas en el recurso, por no aparecer que se hubieran causado.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Pedro León Rincón, Srio. en ppd.

REIVINDICACION DE UNA SERVIDUMBRE DE AGUAS

Para que pueda reivindicarse el derecho real de servidumbre es necesario acreditar que se es dueño del predio dominante. Las servidumbres se hallan inseparablemente ligadas al fundo dominante, debido a que por su esencia jurídica son derechos accesorios. De ahí que una servidumbre no pueda ser cedida, embargada e hipotecada separadamente, como tampoco pueda destacársela del fundo dominante para ser transportada. Las servidumbres no se transmiten sino, activamente, con la propiedad del predio dominante, y, pasivamente, con el derecho de dominio sobre el predio sirviente. Dado que las servidumbres no pueden ser establecidas en favor ni a cargo de una persona, su objeto está limitado por la atribución al propietario del fundo dominante de una parte de las ventajas que trae consigo el señorío sobre el sirviente. Esta es el motivo por el cual algunos expositores de derecho aseveran—y la Corte con ellos—que las servidumbres son relaciones jurídicas entre dos heredades pertenecientes a distintos dueños y no entre personas, y también que su ejercicio debe sujetarse a su destinación, esto es, que el servicio de las servidumbres comporta no solamente fronteras materiales, sino también límites de orden económico que se deducen de su objeto. Las servidumbres son indivisibles, a causa de lo cual no se pueden establecer a cargo de un fundo perteneciente en común a dos o más personas, sin el consentimiento de todos los copropietarios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Jorge Alejandro Ritchie demandó el 10 de julio de 1929, ante el Juzgado 2º del Circuito de Facatativá, a Luis María Vela Briceño, Luis Rojas y Esteban Nieto, con el objeto de que se les condenara a lo siguiente: 1º A restituir al demandante "el goce de las aguas del río Cachipay y de los molinos de esta misma parte"; 2º A restituír igualmente "el dominio y posesión de la toma y acequia de aguas llamada 'Toma de los Foreros' y el de 'una segunda toma nueva que en el año de 1924' construyó el actor "en tierras de Esteban Nieto y Luis Rojas".

También suplicó el demandante se declarara a Luis Vela Briceño "poseedor de mala fe de las aguas del río Cachipay en esa parte" y se le condenara "como despojador" al pago "de todos los daños y perjuicios" que por tal causa ha ocasionado.

Síntesis de los hechos

Según el contrato que para el suministro de energía eléctrica el demandante celebró con el municipio de Anolaima, contrato que consta en la escritura número 305 de 12 de diciembre de 1916, pasada ante el notario de allí, Ritchie quedó autorizado para captar las aguas del río Cachipay y de la quebrada de "El Salitre".

Consta en la escritura número 553, del 18 de noviembre de 1923, otorgada ante el notario de Anolaima, que el demandante adquirió de Esteban Nieto, a título de compra, "el derecho para sacar las aguas del río Cachipay, por una toma nueva cuya posesión no la perdería Ritchie por motivo de desuso o abandono".

Haciendo uso de esos derechos, el demandante tomó las aguas del río Cachipay y las condujo por terrenos de Esteban Nieto "hasta unas dos cuadras de distancia, dejando a la vista de los pasajeros del ferrocarril de Girardot las obras aparentes que ordena la ley".

Aparece de la escritura número 291, pasada el 19 de julio de 1921 ante el notario de Anolaima, que el demandante compró a Luis Rojas el derecho para construír una "segunda toma" por terrenos de propiedad de éste, acequia que en el año de 1924 construyó el actor.

Ritchie compró a los herederos de Nepomuceno Osorio, por medio de la escritura número 286, pasada ante el notario de Anolaima el 17 de julio de 1921, un "lote de terreno sito contra el río Cachipay... aparente para una planta eléctrica".

Josefina Cortés de Forero cedió a Ritchie, a título de venta, "el dominio de la toma llamada de los Foreros, según aparece de la escritura número 906, otorgada el 20 de julio de 1921 ante el notario 2º de Bogotá.

Por medio de la escritura número 303, otorgada el 27 de junio de 1921 ante el notario de Anolaima, Ritchie adquirió de Sofía López de Cepeda, "el derecho para ensanchar la Toma de los Foreros en la parte en que intercepta el predio de la vendedora, así como también el derecho para construír una nueva toma, colocar tubería, etc.".

Vela Briceño captó las aguas del río Cachipay en terrenos de Esteban Nieto e impidió trabajar en el montaje de una nueva planta eléctrica en terreno de propiedad del demandante a los jornaleros que éste había enganchado.

Vela Briceño ha impedido al demandante, con rifle en mano, el goce de las servidumbres de acueducto mencionadas. Rojas y Nieto, sugestionados por Vela, procedieron en la misma forma.

Desde el 21 de febrero de 1927, a causa de que los demandados impidieron al empleado de Ritchie hacer correr el agua por esos acueductos, el demandante perdió la posesión de ellos, y no ha podido volver a recuperarla.

Esta es la síntesis pertinente de un relato hecho en forma muy incoherente y mezclado con circunstancias extrañas a los objetivos del pleito.

Sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Cundinamarca, el 30 de junio de 1934, condenó a los demandados "a restituír las servidumbres de acueducto a que tiene derecho el actor Jorge Alejandro Ritchie en la mitad de la Toma de los Foreros, y en la segunda toma nueva, no impidiéndole el uso y goce que corresponde a dicho señor Jorge Alejandro Ritchie"; los absolvió de los demás cargos de la demanda y declaró no probadas las excepciones propuestas.

El Tribunal conceptuó que la acción incoada fue la de reivindicación del derecho real de servidumbre. En consecuencia, estimó que los títulos presentados por el actor demuestran "plenamente que tiene derecho a la servidumbre de acueducto de la mitad de la Toma de los Foreros, que arranca del río Cachipay y atraviesa predios de los demandados Vela Briceño y Rojas y con las declaraciones analizadas se acredita que no está en posesión de tal servidumbre".

Consideró que la circunstancia de que los demandados no aprovecharan ni usaran esos acueductos no era óbice para condenarlos, puesto que, como dueños de los predios sirvientes, virtualmente se extiende a las acequias la posesión que ellos tienen sobre esos inmuebles.

Aun cuando el demandante pidió la reivindicación de toda la Toma de los Foreros, siendo así que no tiene derecho sino a la mitad de ella, la acción subsiste, "porque quien tiene derecho a lo más, consecuencialmente, lo tiene a lo menos y porque el artículo 210 del Código Judicial así lo dispone".

Se fundó el Tribunal para decretar la absolución de los demandados, respecto de las demás súplicas de la demanda, en la circunstancia de que Vela Briceño, en su calidad de ribereño del río Cachipay, tiene derecho a uso de esas aguas y el demandante no ejercitó ninguna acción en el sentido de limitar en beneficio de los riberanos inferiores el uso que de las aguas hagan los superiores y no demostró que el aprovechamiento de esas aguas por parte de Vela Briceño causara perjuicios al demandante, como tampoco la naturaleza de éstos.

En cuanto a la restitución al demandante del goce de las aguas del río Cachipay, el Tribunal se negó a ordenarla porque esas aguas son de uso público y no son susceptibles del dominio por parte de los particulares.

Materia del recurso

Con excepción de Nieto, todos los litigantes interpusieron el recurso de casación.

La Corte, en providencia del 1º de febrero de 1935, declaró desierto el recurso de casación interpuesto por Ritchie, a causa de lo prevenido en el artículo 530 del Código Judicial. Por consiguiente, la sentencia del Tribunal ha hecho tránsito a la cosa juzgada en lo referente a la absolución de los demadados.

Los recurrentes Rojas y Vela Briceño acusaron la sentencia por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, como violatoria de los artículos 946 y 952 del Código Civil, y a causa de error de hecho por la mala apreciación de las pruebas "con respecto a la acción de dominio y a la posesión de los demandados".

El libelo de demanda, en su parte petitoria, "no incluye la declaración de dominio sino la de restitución, siendo así que la acción reivindicatoria contiene dos elementos, según jurisprudencia de la Corte, a saber: El declarativo del carácter de dueño de la cosa, que dice relación al demandante, y otros restitutorios de la cosa, que dice relación al demandado".

En este pleito, el demandante "no probó su posesión anterior, ni el despojo, ni la posesión en que estuvieran los demandados. Se limitó a probar o a hacer el esfuerzo al respecto, de que lo perturban en el uso de sus servidumbres. La acción del demandante se endrezó contra personas distintas de las obligadas a responder, porque los demandados recurrentes no son poseedores de los acueductos".

"La sentencia recurrida, en sus considerandos, analiza los títulos de propiedad del demandante, uno a uno. Nadie ha desconocido esos títulos. No son materia del debate, y acreditan un hecho que los demandados no han discutido en ninguna época".

Basta con un somero examen de la sentencia recurrida para llegar al absoluto convencimiento de que la acción intentada fue la de dominio, y el juzgador falló un interdicto posesorio. Hubo error craso en el demandante al elegir la acción de dominio, y hubo en el juzgador un exabrupto jurídico al fallar aquella acción como interdicto posesorio, siendo la acción iniciada la de dominio".

Motivos

La acción de dominio no inhiere sino a los derechos reales, salvo el de herencia. Pero para que sea procedente el ejercicio de ella, en relación con el derecho real de servidumbre, es necesario acreditar que se es dueño del predio dominante.

Las servidumbres se hallan inseparablemente ligadas al fundo dominante, debido a que por su esencia jurídica son derechos accesorios.

De ahí que una servidumbre no pueda ser cedida, embargada o hipotecada separadamente, como tampoco pueda destacársela del fundo dominante para ser transportada.

Las servidumbres no se transmiten sino, activamente, con la propiedad del predio dominante, y, pasivamente, con el derecho de dominio sobre el predio sirviente.

Dado que las servidumbres no pueden ser establecidas en favor ni a cargo de una persona, su objeto está limitado por la atribución al propietario del fundo dominante de una parte de las ventajas que trae consigo el señorío sobre el fundo sirviente.

Este es el motivo por el cual algunos expositores de derecho aseveran—y la Corte con ellos—que las servidumbres son relaciones jurídicas entre dos heredades pertenecientes a distintos dueños y no entre personas, y también que su ejercicio debe sujetarse a su destinación, esto es, que el servicio de las servidumbres comporta no solamente fronteras materiales, sino también límites de orden económico que se deducen de su objeto.

Las servidumbres son indivisibles, a causa de lo cual no se pueden establecer a cargo de un fundo perteneciente en común a dos o más personas, sin el consentimiento de todos los copropietarios.

De las pruebas traídas al juicio, del contexto mismo de la demanda y de los títulos presentados por el demandante, no aparece la existencia del fundo dominante, ni, por consiguiente, la transferencia de la servidumbre con la propiedad de éste, ni tampoco el objeto de ese derecho accesorio.

En efecto, Ritchie así lo confiesa en la séptima de las posiciones que absolvió: "Diga cómo es cierto que dichas tomas no atraviesan predios de propiedad del absolvente? Contestó: —Es cierto: son servidumbres mías".

En la diligencia de inspección ocular que el 22 de abril de 1932 practicó la Sala de Decisión del Tribunal Superior, se lee, en relación con el acueducto denominado "Toma Nueva"; "La zanja y la explanación dichas no atraviesan predios del demandante ni del demandado"; respecto del otro acueducto: "La dicha acequia de los Foreros atravesaba predios que hoy son de Vallejo, antes de Nieto, de Valero, antes de Luis Rojas, la parte que hoy le queda a éste de su terreno y las tierras del doctor Vela Briceño, y no atraviesa predios del demandante señor Ritchie"; y, por último: "No se observó que el demandante señor Ritchie tenga algún trabajo para utilizar las dos mencionadas tomas".

En el mismo sentido es el dictamen de los tres peritos.

En el libelo se describe la situación de la Toma de los Foreros y no aparece de tal relato que ese acueducto sirva a un predio del demandante.

Es cierto que el demandante, en su libelo, afirma la adquisición del dominio sobre una finca apropiada para el montaje de una planta eléctrica, pero ni de los hechos expuestos ni de la pruebas aparece que los acueductos tuvieran por objeto el funcionamiento de ella.

Consta de la escritura número 906, del 20 de julio de 1921, pasada ante el notario 2º de Bogotá, que Josefina Cortés de Forero "como propietaria de un acueducto o toma que partiendo del río Cachipay y atravesando terrenos de Luis Rojas, tierras que fueron de Segundo y Cristina Bullas, terre-

nos que fueron de Agustín Bernal y tierras de Aureliano Melo, va a dar a la quebrada de Chay, cede y enajena a perpetuidad a favor de Ritchie el derecho a la mitad proindiviso de dicho acueducto en la extensión comprendida entre el río Cachipay y el punto en que la toma encuentra la depresión o cauce de un pequeño chorro en terrenos de Aureliano Melo".

Aparece de la escritura número 303, de 27 de julio de 1921, pasada ante el notario de Anolaima, que Sofía López de Cepeda, como "dueña en común con sus hijos menores de un terreno en la vereda de Tocarema, de este municipio, el que hubo por gananciales en la sucesión de su finado marido Rubén Cepeda y éste por compra que hizo al señor Segundo Bullas León, por escritura número 553, del 16 de noviembre de 1917, otorgada en la Notaría de Facatativá. Que en su calidad de condueña en el terreno dicho, cede y transpasa a Jorge Alejandro Ritchie el permiso de hacer una toma de agua en el río dicho y el de reformar la toma existente que fue construída por el doctor Aristides Forero; también el derecho de poner dos tubos de hierro desde la toma dicha hasta la esquina del lote dicho, que queda entre el camino que va a El Retiro, donde colinda o hace esquina, camino de por medio, con tierras de los sucesores de Nepomuceno Osorio; igualmente el derecho de construír obras de piedra a la entrada de los tubos dichos".

En la escritura número 291, otorgada el 1º de julio de 1921 ante el notario de Anolaima, Luis Rojas manifiesta: "Que él es dueño de un predio ubicado en la vereda de Tocarema, de este municipio, el cual hubo por compra hecha a los señores Agustín Terán y otros, únicos herederos de la sucesión del señor Agustín Terán, todos los derechos que a ellos correspondían en tal predio de acuerdo con la escritura número 11 del año de 1912 de esta misma notaría. Que en su calidad de dueño de dicho predio traspasa y cede a favor de Jorge Alejandro Ritchie y sus sucesores, el permiso de sacar las aguas del río Cachipay por una toma que haga el comprador a sus propias expensas, más alta de la que hoy existe en el mismo predio y de manera de pasar por el lado superior de la casa de habitación del predio dicho".

Esteban Nieto, por medio de la escritura número 553, pasada el 18 de noviembre de 1923 ante el notario de Anolaima, dio "en venta real al señor Jorge Alejandro Ritchie... el derecho de sacar las aguas del río Molinos, Tocarema o Cachipay, por una toma en dicho terreno, según la nivelación y estudio que haga Ritchie, también el de hacer una bocatoma formal en piedra o cemento en dicho río... Que el derecho cedido se entiende exclusivo y la posesión de dicha obra no los perderá Ritchie por motivo de desuso o abandono".

Por último, la Corte, como puede verse en la sentencia del 2 de julio de 1920, ha venido exigiendo la prueba de la existencia de un predio dominante para poder reconocer una servidumbre.

Lo dicho es suficiente para establecer que Ritchie no es titular de ningún derecho real de servidumbre, por cuyo motivo el Tribunal violó los artículos 946 y 952 del Código Civil, invocados por el recurrente, y, en consecuencia, es necesario casar la sentencia.

En esta acción de reivindicación no se dan los elementos integrantes del supuesto de hecho exigidos por los citados artículos del Código Civil. Ante todo porque la acción de dominio no brota desde luego con el derecho real que se adquiere, sino que nace de la conducta de una persona, contradictoria al contenido de ese derecho real, y en este pleito la conducta de los demandados no ha podido ser violatoria del derecho absoluto de servidumbre, puesto que éste no existe. En seguida, porque la acción de reivindicación se dirige a obtener una sentencia de condena, y no, como erradamente se había sostenido antes, una sentencia declarativa; y es de condena, porque la acción dicha se encamina a obtener la constatación judicial de un derecho, el derecho de dominio que se constata en el fallo, y a la condena del demandado a la prestación debida, esto es, la entrega de la cosa, como consecuencia de aquella declaración. Y en este pleito, no pudiéndose declarar en cabeza del demandante el derecho de servidumbre, porque no existe, los demandados mal pueden deber la prestación a que se les condena como consecuencia de la declaración de ese derecho.

Lo expuesto sirve también para demostrar que en este caso no se quebranta la técnica del recurso de casación ante la circunstancia de que el recurrente aceptó expresamente la titularidad en el demandante de esos derechos de servidumbre, pero negó la posesión de ellos por parte de los demandados.

Resolución

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando jus-

ticia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia que el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 30 de junio de 1934, profirió en este juicio ordinario, y en su lugar resuelve:

1º Absuélvese a los demandados: Luis María Vela Briceño, Luis Rojas y Esteban Nieto, de la condenación formulada contra ellos por el Tribunal, y, por lo tanto, de los correspondientes cargos de la demanda;

2º Revócase la sentencia del diez de abril de mil novecientos treinta y uno, pronunciada por el Juzgado 2º del Circuito de Facatativá;

3º Queda así modificada la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá;

4º Sin costas.

Cópiese, notifíquese y publíquese. 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 ppdad.



DEMANDA DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO ABIERTO

¿Qué debe entenderse por AMANUENSE del notario ante el artículo 1068 del Código Civil? La Corte observó anteriormente que amanuense del notario llama la ley al empleado que tiene permanentemente en su oficina y en tal virtud tiene carácter de dependiente... > El copista que acude a la notaría en busca de trabajo ocasional, casi siempre incierto, pagado por cada caso y tarea, no es persona que pueda entenderse dependiente, subordinado a autoridad de quien así lo ocupe, al menos en la forma y con el alcance de haber de estimarse que la verdad de su testimonio ulterior peligre sobre algo que haya hecho quien así lo ocupa y paga o sobre algo que a éste beneficie. No puede confundirse al simple copista con el empleado del notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir, siempre, a sueldo fijo. Este es a la verdad un dependiente, éste sí es la persona cuyo testimonio puede peligrar en su completa veracidad en razón de la influencia posible de autoridad del notario, a que mira el legislador como causa de las referidas inhabilidades. Es el amanuense y es el sirviente o doméstico del notario; pero no es el mero copista, el inhabilitado como testigo del testamento.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, marzo diez y ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Abraham Bohórquez, vecino de Tunja, demandó en vía ordinaria a Evangelino y María Reyes Cuchevaguen, vecinos de Oicatá, representados como el libelo y su corrección indican, para que se declare nulo el testamento abierto otorgado por José Angel Bohórquez, que se precisará adelante y se les condene a devolver los bienes enumerados en el mismo con sus frutos.

Seguido el juicio en el Juzgado 3º del Circuito de Tunja, se decidió allí en favor del demandante, en fallo de que apelaron los demandados, por lo cual se surtió en el Tribunal de Tunja la segunda instancia, cerrada con sentencia de 10 de abril de 1935, que revocó la del Juzgado y negó las peticiones de la demanda. Tramitado el recurso de casación del demandante, debe decidirse.

Ataca éste el testamento porque uno de sus testigos era amanuense del notario y porque aquél no fue leído en alta voz ni presenciado por las personas que indica. Ni las pruebas ni las alegaciones de instancia versaron sobre estos cargos, sino que se encaminaron al primero, y éste es el que la demanda de casación plantea y formula. Aquella prescindencia hace resaltar la trascendencia que para el demandante, hoy recurrente, tiene, como decisiva, la circunstancia única a que se concreta, cual es, repítese, ser uno de los testigos del testamento amanuense del notario que lo autorizó.

Ni el presente recurso, ni los alegatos de instancia, ni la demanda inicial acusan el testamento como no expresivo, por ejemplo, de la auténtica voluntad de José Angel Bohórquez por suplantación de esa voluntad o de su persona misma, o por desviación o ficción de su verdadero querer sino que, no tocando en manera alguna lo que como última voluntad de él aparece en el instrumento citado, la contienda se planteó y se ha seguido tan sólo sobre aquella formalidad externa.

No se significa con esta observación que lo tocante a formalidades se mire de monta menor de la que corresponde a los propósitos de la ley cuando hace del testamento un acto más o menos solemne, pero siempre solemne. Simplemente se trae a cuento aquella circunstancia con el fin de observar cuál ha sido y cómo planteado el porqué único del pleito.

El demandante pide y obra para la sucesión de José Angel Bohórquez como su heredero ab intestato, en su calidad de hermano legítimo, declarado tal en auto de aquel mismo Juzgado de 22 de junio de 1932. Los demandados lo son en su calidad de herederos instituídos en dicho testamento.

El Juzgado decretó las súplicas de la demanda, porque conceptuó como el demandante sobre la citada calidad de amanuense de uno de los testigos. El Tribunal, revocando ese fallo, negó tales súplicas, porque conceptuó que no está acreditada esa calidad del testigo.

Los cargos en casación son: errónea apreciación de las pruebas relativas a la calidad mencionada y consiguiente violación de disposiciones sustantivas, a saber: I. del art. 1068, inc. 1º y numeral 9º, del art. 6º, inc. 2º y de los arts. 1740 y 1741 del C. C., del art. 11 de la ley 95 de 1890 y del 697 del C. J., por directamente infringidos; II. del art. 1069 del C. C. por indebida aplicación; III. del art. 1068 citado, por interpretación errónea y por no aplicación; IV. de los arts. 1759 del C. C. y 597, 601, 630 y 697 del C. J., por falta de apreciación de instrumentos públicos y de la prueba testimonial, y V. del mismo art. 1759, por aplicación indebida.

Pasan a estudiarse estos cargos ordenándolos como prescribe el art. 537 del C. J.

Ante todo, en tal virtud, debe advertirse que en rigor de verdad, el cargo sobre pruebas no puede entenderse formulado a cabalidad sino en parte, porque sólo respecto de algunas se encuentra la congruencia necesaria a ese fin entre el cargo y la apreciación, y en lo demás que, como se verá en seguida y se corroborará adelante, en lo cardinal del recurso, el reclamo del recurrente versa sobre que de los hechos acreditados por él debe deducirse, en su sentir, y el Tribunal no deduce, la dicha calidad de amanuense en uno de los testigos instrumentales del testamento.

Así, si en gracia de discusión se comienza por dar por acreditados esos hechos, el reclamo sigue en pie, por no hacer de ellos esa deducción la sentencia recurrida, por donde se ve que desde este punto de vista el recurso no es tanto de la apreciación de las pruebas en sí, cuanto de sus consecuencias.

Estos hechos básicos son en suma: el testigo Ramón Durán en la época del testamento pasaba lo más de su tiempo en la notaría, en donde servía de testigo en los más de los instrumentos allí otorgados, sacaba copias de los mismos y en algunos escribía los originales. Esto hace de él, según el recurrente, un amanuense del notario, por lo cual estaba inhabilitado para ser testigo del testamento, de conformidad con el art. 1068 del C. C. que dice: "No podrán ser testigos en un testamento solemne... 9º los amanuenses del notario que autorice el testamento..."

El de que se trata aquí se otorgó en Tunja el 1º de febrero de 1925 por instrumento Nº 109, ante el notario del circuito del Centro, que lo era desde el 1º de enero anterior el señor Lucio Antonio Amaya, y ante los testigos señores Miguel de J. Pérez, Cenón Chaparro y Ramón Durán.

El demandante sostiene haber acreditado con declaraciones de testigos lo antedicho sobre este señor (Durán) y además, con el examen del protocolo mismo y con varias copias de pluma de él traídas al proceso para corroborar que efectivamente era copista. De lo relativo a la inspección del protocolo se halla que en todo ese año hasta mayo sólo obra una escritura (la Nº 82, de 27 de enero), de la pluma de Durán.

Como se advirtió, aun dando por probados con estos elementos los referidos hechos básicos, el cargo cardinal del recurrente sigue en pie. No es, pues, necesario para la solución del presente recurso, ni es conducente, consignar aquí el análisis minucioso que la Corte ha hecho una a una de esas pruebas, sino que se debe avocar el problema mismo y efectivo, que es el de si de esos hechos ha de deducirse o no la referida calidad en el testigo o si la constituyen.

¿Qué debe entenderse por amanuense del notario ante el citado art. 1608?

En un juicio sobre nulidad de testamento cerrado en que uno de los fundamentos fue el hecho de haber prestado al testador uno de los testigos el favor de escribirlo y había además escrito el acta de presentación, la Corte observó que la ley no se refiere a la persona que haya sido escribiente del testador, sino al amanuense del notario, y agrega, como concepto cuya pertinencia al presente caso ha determinado la pertinencia de la cita, que amanuense del notario llama la ley al "empleado que tiene permanentemente en su oficina y en tal virtud tiene carácter de dependiente..."

El recurrente encuentra sinonimia entre amanuense, escribiente, copista y copiador.

El diccionario de la Academia Española define amanuense como "persona que escribe al dictado". Esta definición no puede entenderse en forma tan limitativa que excluya, por ejemplo, el hecho de no dictar sino de valerse de una persona dándole borradores para ponerlos en limpio o entregándole el original para que lo copie. En lo general lo que se practica en nuestras notarías, en donde rara vez se dicta de viva voz, es llevar los otorgantes mismos o sus abogados la minuta que, puesta en la forma legal correspondiente, se incorpora al protocolo. (C. C., arts. 1758, 2570, 2578, 2588).

Del propio modo en los testamentos cerrados suele llevarse hasta la cubierta del papel sellado ya lista para recibir el escrito y firmas de ley (art. 1080 ibídem) y a lo sumo, salvo contados casos, se deja la adecuación o formación de esa cubierta para el acto notarial. No podría deducirse de todo esto que en las notarías no haya amanuense o éstos hayan quedado sin funciones. La definición antedicha no sirve, pues, o al menos no basta a la solución del problema.

El art. 975 del Código Civil Francés se vale de la palabra clerc. El correspondiente vocablo inglés clerk es de uso constante en la terminología inglesa, tanto técnica como popular, relativa a oficinas y a empleados privados y públicos. ¿Qué debemos, en traduciéndola a nuestro idioma, costumbres y leyes, entender por esa voz clerc?

La obra de Planiol y Ripert, Traité practique de Droit Civil Francais (págs. 578 y 579 del Tomo V, 1933), al referirse a esta clase de testigos testamentarios se vale de estas breves y conceptuosas palabras: "Aquellos que en razón de su subordinación no tienen libertad de hacer observaciones en el momento de la confección del testamento o de deponer sobre ello posteriormente". Y al discriminar esas inhabilidades y llegar a la final (los clercs del notario que recibe el testamento), dice: "La única dificultad es la de saber qué debe entenderse por clerc", y agrega en seguida: "es una cuestión de hecho".

Agrega allí y en esto se halla una sugestión interesante: "Los sirvientes o domésticos del notario no están asimilados a clercs, solución discutible, porque su situación de dependencia no es dudosa". Se transcribe este breve comentario por los motivos que se verán adelante, no sin advertir que el personal aludido sí está inhabilitado en la ley colombiana (ord. 14 del citado art. 1068).

Indudablemente por ser esta cuestión una de hecho, no se halla mayor comentario al respecto en otras obras consultadas, como el Cours de Droit Positif Francais, de L. Josserand, y el Precis de Droit Civil, de Bonnecase, por grave que sea aquélla, como siempre ha sido y seguirá siendo, según estas obras lo advierten.

En el Vocabulaire Juridique de Henri Capitant, se halla en la palabra clerc como etimología ésta: "Extensión del sentido propio miembro del clero; después, letrado, opuesto a laico; latín eclesiástico clericus (sentido de origen hebraico, del griego clericos)".

Y como definición ésta: "Empleado de los estudios de oficinas públicas y ministeriales". Y agrega: "Plus particulierment stagiare se preparant a l'exercise de fonctions de notaire, avoué, huissier, comissaire, priseur, etc..."

En la locución "Compte de clerc a maitre", definida en ese vocabulario, se encuentra la misma noción de dependencia alusiva al clerc, pues dice que esa cuenta es una forma de contabilidad interna utilizada en el curso de una cuestión o negocio para confrontar las cuentas que han de rendirse, sea por un titular o interino a su sucesor, sea por los inferiores a sus superiores.

Desde luego se observa que entre nosotros no existe la que pudiera llamarse la institución del clerc, pues no hay en las oficinas aludidas o, concretándose al caso, en las notarías, ese aspirante a sucesor del Notario que va a practicar y a aprender y a hacerse conocer a su lado disciplinándose en las respectivas faenas. Equivocado, pues, sería aplicar a nuestro derecho, ya práctico, ya teórico, conceptos cuya pertinencia y acierto exigen, en su caso, la identidad o siquiera semejanza de circunstan-

cias y condiciones. Si no tenemos ni por ley ni por costumbre ese oficial de notaría que se ejercita y adiestra para más tarde ser notario, indicado de antemano para ello en una carrera administrativa de que carecemos aún, y que mientras tanto es clerc, mal podemos entender que lo que la ley francesa y sus comentadores disponen y opinan en relación con el clerc haya de servirnos de guía para interpretar nuestra palabra amanuense en relación con nuestro citado art. 1068.

Pero no deja, al propio tiempo de dar sobre el fondo una luz, que no debe desaprovecharse, lo que tales comentadores digan acerca de la anulación de testamentos por d e s o i r s e la prohibición respectiva. Por ejemplo, ya se vio cómo la declara cuestión de hecho, juzgable, por tanto, a la luz de las peculiaridades de cada caso.

El notario entre nosotros, si no oficialmente y por virtud de ley, sí por costumbre, se vale de personas de su confianza que lo ayudan a atender la clientela, liquidar y pasar cuentas, vigilar a los escribientes, etc., y que las más de las veces escriben los originales que van formando el protocolo. En notarías de poco movimiento una sola persona puede bastar a todo ello: en las de abundante trabajo hay o puede haber dos o más personas entre quienes esas labores se distribuyen, a tiempo que varios escribientes simultáneamente van poniendo en limpio tales originales. Y por lo que hace a las copias de estos originales o matrices, casi siempre hay pluralidad de escribientes, todos en acción o en espera o a caza de trabajo. Como es lo natural, unos y otros pasan lo más de su tiempo en el local de la notaría. Y bien que tampoco esto es de ley sí se encuentra en el hecho consuetudinario una marcada diferencia entre aquella persona (a veces más de una sola), de la confianza del notario en cuya oficina permanece obligadamente por estar encargado de velar por ella en la forma y con las tareas aludidas, como verdadero empleado, con sueldo fijo y funciones permanentes, y los meros escribientes que en grupo numeroso o corto esperan un trabajo incierto y ocasional, remunerado caso por caso y las más de las veces foja por foja. Cabe advertir que para las copias notariales de que se está hablando y con más veras para las simples, no es infrecuente que los interesados lleven a la notaría escribiente suyo que las tome.

No reconocer la diferencia de que acaba de hablarse o desconocer la costumbre anotada, según la cual se distingue entre los meros copistas y el empleado o empleados referidos, sería grave error ocasionado a desaciertos en el fallo de controversias como la presente, cuya referida calidad de cuestión de hecho es innegable y obliga lógicamente a tomar en consideración las peculiaridades del caso, tanto en lo atañedero a sus propias probanzas, como en lo relativo a lo que sobre el sentido y alcance de las mismas determine o sugiera la costumbre de la respectiva época y lugar.

Por lo visto, no puede admitirse la sinonimia que, como se dijo, afirma el recurrente que hay entre amanuense, escribiente, copista y copiador. Subsiste el interrogante sobre el sentido de aquella palabra (amanuense), ante el art. 1068 tantas veces citado.

La razón de ser de la inhabilidad de que se trata es sencillo percibirla. La ley hace del testamento un acto que, más o menos solemne, siempre es solemne, y exige formalidades nimiamente reglamentadas, porque hay sumo interés en evitar todo fraude, alteración o desviación a lo que como última voluntad del otorgante va a tener en su estricto cumplimiento todo el peso y apoyo de las autoridades. En ese interés vital es lógico que el legislador bregue por impedir que se oculte o disimule una informalidad u omisión. De ahí que inhabilite como testigos testamentarios a todas las personas que por sí mismas o por sus relaciones con los asignatarios o funcionarios pueden ser llevadas a callar o a no decir toda la verdad cuando se contienda sobre el modo de otorgarse un testamento dado o sobre tal o cual detalles ocurrido con motivo de su otorgamiento. Así, por ejemplo, al notario que intencionada o inocentemente ha incurrido en una falta, es de suponérsele interesado en que ella no se demuestre o no aparezca, a tiempo que es de suponerse también influencia en él sobre sus empleados para que la disimulen, oscurezcan o callen en sus informaciones y declaraciones. Ante este peligro, la ley inhabilita al dependiente como testigo de testamento. Este propósito de evitar cuanto pueda ser interés en algo extraño o contrario al establecimiento de la verdad neta y efectiva sobre el testamento en sí y sobre su otorgamiento, se advierte no sólo en el citado numeral 9º de ese art. 1068, sino en otros varios del mismo.

Así, el interés de favorecer a tal o cual persona y el empeño de evitar las obligadas consecuencias del mismo, dicta las in-

habilidades de los numerales 12 y 17; ese interés de favorecer y ese deseo de evitar dictan también la del numeral 11, a que concurre el mismo propósito cuando, como sucede con el numeral 14, se trata de dependientes y domésticos, no sólo de las personas allí nombradas, sino, en especial, por su conexión con lo que el presente pleito discute, los del funcionario que autoriza el testamento.

Dependiente es, según el diccionario de la Academia, "el que sirve a uno o está subordinado a su autoridad".

El copista que acude a la notaría en busca de trabajo ocasional, casi siempre incierto, pagado por cada caso y tarea, no es persona que pueda entenderse dependiente, subordinado a autoridad de quien así lo ocupa, al menos en la forma y con el alcance de haber de estimarse que la verdad de su testimonio ulterior peligre sobre algo que haya hecho quien así lo ocupa y paga o sobre algo que a éste beneficie.

No puede confundirse al simple copista con el empleado del notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir, siempre, a sueldo fijo. Este es a la verdad un dependiente, este sí es la persona cuyo testimonio puede peligrar en su completa veracidad en razón de la influencia posible de autoridad del notario, a que mira el legislador como causa de las referidas inhabilidades. Es el amanuense y es el sirviente o doméstico del notario; pero no es el mero copista, el inhabilitado como testigo del testamento.

El principio, la regla general es la habilidad, la capacidad, la inhabilidad es la excepción. Las excepciones son de aplicación e interpretación restrictas. De su lado y por lo tanto, la ley siempre las establece taxativamente. Por vía de ejemplo bastaría citar ese mismo art. 1068; o el 1504, que enumera discriminadamente las incapacidades para contratar, después de decir el 1503 cómo toda persona es legalmente capaz, salvo expresa determinación legal en contrario, o los arts. 1444 a 1449 sobre capacidad para donar entre vivos y enumeración de las incapacidades para hacer o recibir donación de éstas.

Si no puede confundirse al simple copista con el amanuense atribuyéndole situación, calidades y relaciones que no tiene y viéndole a su testimonio peligros en que no se halla o en que, al menos, el legislador no lo supone, y si, por el contrario, es notoria la carencia en aquél de lo que caracteriza al amanuense en relación con lo que implica ese peligro, y si es éste el determinante de la inhabilidad aquí estudiada, es claro que en el presente caso el Tribunal no incurrió en los errores de que, por no haber incurrido en esa confusión, el demandante lo acusa, y que, por consiguiente no incurrió tampoco en las violaciones de ley que éste le atribuye y que, como sencillamente es de advertirse, no podrían sobrevenir sino en cuanto efectivamente el copista (y esto es lo que se ha demostrado que era Durán), se le tuviese por ese amanuense a que se refiere el art. 1068.

No violó esta disposición, tanto porque el Tribunal no niega que las pruebas establecieran respecto de Durán la calidad de copista, sino también porque, distinguiendo entre éste y el amanuense ante aquélla, lo que hizo fue abstenerse de aplicarlo en un caso en que no cabía esta aplicación.

No violó el 1069. Esta disposición la cita el Tribunal en forma hipotética diciendo que por virtud de ella no se anularía el testamento en el caso de estimarse que Durán era amanuense. Y, como tanto se ha dicho, el Tribunal se niega a ver en Durán esta calidad. No llegó pues en su sentencia al caso de aplicar el art. 1069. Ni lugar hubo pues a que lo violase.

No violó los arts. 6º, 1740 ni 1741, por cuanto no hay la nulidad que el recurrente afirma y, por tanto no se produjo una situación en que éstos debieran aplicarse y se desobedecieran o pasaran por alto.

No violó el 1759, porque no niega a instrumento público alguno la fe que esta disposición les asigna, sino que no se da a esta fe el alcance, de otro orden, que de ella pretende derivar el recurrente. El reparo de éste al respecto versa sobre que con las escrituras públicas cuya copia trajo al expediente quiso demostrar, lo que no se le ha negado, que Durán era copista.

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 pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Tunja el diez de abril de mil novecientos treinta y cinco.

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 ppdad.

MINAS.—OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA

La ley 38 de 1887 acogió para la Nación entera el Código de Minas de Antioquia y, atendiendo al tránsito de la legislación anterior a la nueva, estableció en su Art. 5o. que quienes como propietarios del suelo habían tenido derecho a las minas respectivas a la luz de disposiciones anteriores al 7 de septiembre de 1888, en que entró a regir la Constitución de ese año, tendrían derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas existentes dentro de su heredad. El Art. 70 del Código de M. dice en su inciso 1.o qué es título minero, en el 2o. alude a títulos distintos y en el 3o. establece la manera de llegar a aquél la persona provista de uno de éstos, a fin de quedar colocada, cuando infelizmente no lo está, en la titulación indispensable, o sea la procedente del Estado, que es a la que mira esa disposición en su conjunto y lo que constituye su precepto. El error de hecho que, en su caso, prospera en casación, es el que aparece de modo manifiesto en los autos, según el primer motivo del artículo 520 del C. J. Lo que establece el artículo 3o. de la ley 58 de 1909 es un derecho para los dueños de minas en las circunstancias en él detalladas, consistente en que, mediante cierto pago, pueden asegurar permanentemente su propiedad y quedar libres de todo impuesto ulterior. Los medios nuevos, presentados por primera vez ante la Corte, sin reparo, objeción ni contienda anterior, esto es, en instancia, son inadmisibles en casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, marzo doce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.)

El señor Constantino Salazar Ruiz, vecino de Condoto, se opuso a la posesión de la mina Casco de Condoto, pedida por el Dr Miguel S. Uribe Holguín, vecino de Bogotá, quien por medio de apoderado la denunció como abandonada, y con aquel motivo se ha seguido el juicio ordinario del caso entre el opositor como demandante y el denunciante como reo, juicio cuya primera instancia se siguió en el Juzgado 2º del Circuito de Istmina en donde terminó con sentencia favorable al denunciante, por lo cual apeló de ella el opositor, quien obtuvo del Tribunal Superior de Cali fallo favorable contra el cual ha recurrido el denunciante en casación, recurso que va aquí a decidirse.

ANTECEDENTES:

Feliciano Cuevas obtuvo adjudicación de la mina Casco de Condoto, según título número 350 registrado el 7 de octubre de 1889. La señora Mercedes Ortega, su viuda, redimió a perpetuidad esa mina el diez de junio de 1903, y manifestando haberla adquirido por sucesión de su marido, la vendió a la Anglo Colombian Development Company Limited en escritura Nº 52, otorgada en la Notaría de Istmina el 29 de marzo de 1912, ratificada allí por la número 63 el 18 de julio de 1917. Al vender excluyó del suelo los lotes que ella ya para entonces había enajenado y del subsuelo los lotes o porciones que no pertenecían a su marido en octubre de 1889, y al ratificar indica que de aquellos lotes era dueña a la sazón por virtud de las compras que menciona y que, además en las excepciones de la venta a la compañía está "el lote—suelo y subsuelo—conocido con el nombre de el Cedro", cuyos linderos allí expresa.

En la causa mortuoria de la señora Ortega de Cuevas, protocolada en dicha Notaría con el número 194 el 6 de noviembre de 1920, se adjudicó al señor Constantino Salazar Ruiz el terreno de el Salto.

De otro lado, a más del recibo correspondiente a la citada redención de 1903, obra el de pagos del impuesto minero por los años de 1910 y 1911 en que la mina Casco de Condoto figura con un número de pertenencias mayor del que primitivamente aparecía y figura también un certificado, (fol. 41 Cdno. principal) de que la mina Casco de Conodto está a paz y salvo con el Tesoro Nacional, de conformidad con los varios pagos que allí se discriminan, certificado que se cierra con la advertencia de que éstos abarcan el lapso de 1910 a 1923 inclusive.

El Tribunal, estimando que el fundo adjudicado a Salazar en dicha mortuoria coincide con los linderos de la denuncia inicial de esta causa y que hace parte de la mina adjudicada a Cuevas y está amparado por la redención y pagos supradichos, halla inadmisible la pretensión del denunciante; y éste, de su lado, sostiene que ese terreno de Salazar no es mina y, si lo es, no está amparada por aquella redención. Aquel concepto del Tribunal es la base de la sentencia recurrida. Este concepto del denuciante es uno de los principales fundamentos de su recurso.

RECURSO DE CASACION

Para mayor claridad y dada la trascendencia del tema en sí y sobre todo en su relación con el presente recurso, debe ante todo estudiarse el alcance y calidad del citado título Nº 350 de 1889, clave de solución de los más de los cargos formulados por el recurrente y de los consiguientes problemas, como adelante se verá.

Sostiene el recurrente que conforme a la legislación del Estado Soberano del Cauca, en especial su Código Civil y la ley 59 de 1873, el dueño del suelo lo era de las minas a éste correspondientes, con salvedades que no viene al caso enumerar, y que, por tanto, y por haberse ocurrido al Art. 70 del Código de Minas, inc. 2º, el título expedido a Feliciano Cuevas fue en rigor de verdad el reconocimiento de aquel derecho anexo y consecuencial a su dominio sobre el suelo, y no la atribución de ningún derecho nuevo, por lo cual el título en referencia, o sea, el citado en 1889, no puede extenderse a más de lo que corresponde a aquello sobre lo cual para entonces tenía título civil, o sea, la calidad de dueño. Sobre esta base, el recurrente, advirtiendo que la señora viuda de Cuevas vendió a la citada compañía todos sus derechos en la mina exceptuando sólo los lotes y porciones que para 1889 no pertenecían a su marido, deduce que mal puede acogerse Salazar a esta adjudicación ni a la redención que la señora de Cuevas hizo en 1903 relativa sólo a la adjudicación de 1889.

Para desechar esta argumentación basta advertir que la adjudicación es de 1889 y que, por tanto, no se rige ni cabe entenderse limitada por lo que correspondiera a legislación cuya vigencia para entonces de tiempo atrás había cesado. La ley 38 de 1887 acogió para la Nación entera el Código de Minas de Antioquia y, atendiendo al tránsito de la legislación anterior a la nueva, estableció en su At. 5º que quienes como propietarios del suelo habían tenido derecho a las minas respectivas a la luz de disposiciones anteriores al 7 de septiembre de 1886, en que entró a regir la Constitución de ese año, tendrían derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas existentes dentro de su heredad, y agrega: "Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley...".

En el empeño de ver limitado el título de 1889 al título civil, insiste el recurrente en que Cuevas se colocó en el caso del inc. 2º del Art. 70 del Código de Minas, para deducir de ahí error en la apreciación de aquella adjudicación y violación de esta disposición y otras del mismo Código, así como el Art. 740 del Civil.

Estudiando la actuación de Cuevas, se encuentra que el aviso inicial, que es de 22 de diciembre de 1888 y que se lee al fol. 35 del Cdno. 1º, contiene manifestación expresa de proceder él de acuerdo con el Art. 8º del C. de Minas. Y este artículo dice: "Lo primero que debe hacer un individuo que quiera adquirir una mina es dar aviso... de que la ha descubierto".

Verdad es que en aquella actuación se encuentran alusiones expresas de Cuevas a su título civil que dice acompañar y a sus calidades de dueño y poseedor; pero esto no infirma lo claramente establecido por la invocación del citado Art. 8º, ni borra de la adjudicación la manifestación expresa de que se le otorga para que pueda entrar en la posesión plena y pacífica de la mina, ni menos borra las palabras categóricas con que esa adjudicación advierte a Cuevas cómo queda obligado a indemnizar según el Cap. XIII de aquel Código, no sólo a los colindantes, sino también al dueño del terreno de la mina. Así se lee al fol. 37 vuelto del cuaderno citado.

Como se ve, ese título Nº 350 de 1889, expedido cuando ya regía en el país el Código minero antioqueño adoptado por el Art. 1º de la ley 38 de 1887, después; del año fijado en el Art. 5º de esta ley y redactado, además, en la forma y términos dichos, no puede entenderse limitado a los linderos del fundo de Cuevas en su título civil, sino como título minero con las calidades y extensión que a éste corresponden.

El citado Art. 70 dice en su inc. 1º qué es título minero, en el 2º alude a títulos distintos y en el 3º establece la manera de llegar a aquél la persona provista de uno de éstos, a fin de quedar colocada, cuando inicialmente no lo está, en la titulación indispensable, o sea la procedente del Estado, que es a la que mira esa disposición en su conjunto y lo que constituye su precepto.

Por lo que respecta a Cuevas, ello es que, según se ve de sus gestiones de entonces, no se presentó invocando un título previo para revalidarlo, sino solicitándolo como manda el referido Art. 8º; y que se le expidió tal como queda dicho yá aquí, lo que impide entenderlo circunscrito como el recurrente pretende, al punto de hacer a la interpretación del Tribunal el cargo de errónea, no obstante ser la confirmada por las precedentes consideraciones.

Por medio de la escritura Nº 52, el 29 de marzo de 1912 (Cdno. ppl. fols. 81 a 84) la señora viuda de Cuevas vende a la Anglo Colombian Development Company Limited las minas Casco de Condoto, Buenavista y Angosturas, y advierte en la cláusula segunda que aquélla la transfiere por los linderos expresados en el título de 1889 "y también por los que expresa el título civil o sea la escritura Nº 31 de 14 de enero de 1888 que José María Mosquera otorgó ante el Notario de Nóvita", con las excepciones en lo relativo al subsuelo, de los lotes o porciones no pertenecientes en 7 de octubre de 1889 a Cuevas y respecto del suelo, de los lotes ya enajenados por la vendedora.

Por medio de la escritura Nº 63, otorgada el 18 de julio de 1917 (folios 18 y 20 ibidem) se ratificó la venta de 1912 que acaba de traerse a cuento, y se dice respecto de las referidas excepciones "que esos lotes de terrenos —suelo y subsuelo— son hoy de la señora" por las compras que allí expresa, y agrega: "como también que el lote —suelo y subsuelo— conocido con el nombre de El Cedro, alinderado..... está comprendida entre las excepciones hechas en la cláusula 2ª de la misma escritura Nº 52."

Se tiene, pues, que la señora al vender exceptuó por una parte lotes de suelo y, por otra, porciones de subsuelo y al ratificar en 1917 advierte que esos lotes de suelo eran nuevamente suyos y que en el subsuelo exceptuado de la trasferencia a la Compañía se halla determinada mina. Si ella en 1912 vendió la mina delimitándola por el título minero de 1889 y por el título civil de 1888, exceptuando todo cuanto se saliera de este último título, y si al respecto aclara expresamente al ratificar en 1917 que en el subsuelo exceptuado está cierta mina que no trasfiere, parece evidente que, al hacer excepciones del subsuelo desde 1912, el ánimo suyo no pudo ser el que le atribuye el recurrente, es decir, el de declarar de ese modo que Cuevas no adquirió por el título minero de 1889 nada que excediera a ese título civil de 1888, sino por el contrario, el de advertir que ese título minero sobrepasaba como tal al civil, y que este exceso se lo reservaba ella para sí.

Todo indica, pues, que la voluntad de la señora al exceptuar del subsuelo en su venta a la compañía lo que saliese de los linderos de 1888, era conservar para sí el exceso del título minero sobre el título civil.

En todo caso, sobre lo que sí no cabe duda es sobre que los términos, condiciones y excepciones de esa venta y ratificación no pueden darse como erróneamente apreciados por el Tribunal cuando les da el sentido que consta en su sentencia. Y esta consideración bastaría por sí sola para rechazar los cargos relativos a esa apreciación calificada de errónea por el recurrente y a rechazar consecuencialmente los cargos que de ese error deduce sobre violación de disposiciones legales sustantivas, que adelante se citarán.

No se halla justificado tampoco el cargo de error de hecho y de derecho en la apreciación de la hijuela formada a Salazar en la mortuoria de la señora de Cuevas, en cuanto allí, en lo atañedero el bien relacionado con este pleito, se adjudica con la simple indicación de que es "un terreno de agricultura y mina". El silencio del partidor sobre que ese terreno quedara bajo la adjudicación de 1889 y redención de 1903 aquí citadas, nada prueba sobre que esto no sea así: como nada probaría lo contrario, en su caso, esto es, la afirmativa declaración de aquellos hechos formulada en la partición, por sí sola.

Ciertas calidades de un bien pueden o no constar en su adjudicación, sin que de callarlas o expresarlas allí se haya de deducir que efectivamente ese bien carece de ellas o las tiene. Si por elementos pertinentes se llega en un caso dado a la correspondiente afirmativa, a esa conclusión no se opone aquel mero silencio. Por ejemplo, en el caso presente, si por conductos distintos de una expresa afirmación al adjudicar, se llega a encontrar que un terreno adjudicado en dicha partición como de agricultura queda bajo el amparo de la adjudicación minera de 1889 y de la redención de 1903, no es óbice para reconocerlo así el que el partidor no lo dijese. Más aún (y con esta reflexión basta para rechazar el cargo de que ese instrumento ha sido apreciado erróneamente) la circunstancia de conceptuar afirmativativamente el Tribunal a esos respectos, no podría constituír por sí sola error ante el solo hecho de guardar silencio sobre ellos la hijuela, aún en el caso de carecer efectivamente ese fundo de esas calidades.

Estas reflexiones conducen a rechazar el cargo de error en la apreciación de esa hijuela. Y como él se formula también como de derecho, es de responderse que no se encuentra disposición legal, entre las reltivas a estimación de esta clase de pruebas, infringida por el Tribunal en razón de hallar las aludidas calidades en aquel bien no obstante el silencio referido. No sobrará advertir que la hijuela, si efectivamente no indica lo que el recurrente echa menos al respecto, sí dice "de agricultura y mina".

Acerca de la apreciación de esa misma hi-

juela se hacen cargos relativos a su registro, cuyo estudio se hará adelante, en obsequio de la claridad, al considerar los varios reparos formulados por el recurrente en relación con el registro, no sólo a ése sino a otros varios instrumentos públicos del proceso.

El recurrente encuentra una confesión de Salazar en la redacción que éste da al hecho segundo de su demanda, en cuanto al referirse allí (Cdno. 1°, fol. 89 vuelto) a las exclusiones de la referida escritura de 1912 relativas a cuanto no pertenecía en 1889 a Cuevas, agrega allí Salazar que ello es lo delimitado en su citada hijuela. Ese concepto de que en ello hay confesión de Salazar lo deriva el recurrente de un razonamiento según el cual allí Salazar declara perentoriamente que lo que adquirió por su hijuela no pertenecía a Cuevas y que con esto claramente dice que aquello no quedó amparado por ese título de 1889.

Esa opinión del recurrente y el consiguiente cargo de error en la apreciación de la referida demanda son inadmisibles, porque, como repetidamente se ha visto en el presente fallo, el concepto de no pertenecer a Cuevas en 1889 tales o cuales porciones formulado allí por Salazar y en las escrituras de 1912 y 1917 por la viuda de Cuevas tiene el inequívoco sentido que le da su referencia, explícita unas veces e implícita otras, al título civil, en contraste con el título minero y la mayor extensión de éste, de que se ha hablado.

Otro error de que el recurrente acusa al Tribunal en apreciación de pruebas consiste en la identificación entre la mina denunciada aquí por él y el bien adjudicado a Salazar en la mortuoria de la señora de Cuevas.

La denuncia obra en varios pasajes del proceso, entre ellos en el despacho original de 11 de julio de 1922, que forma el folio 1° del Cdno 1° y dice: "Como base de la medida está fijada la boca de la quebrada Chevadé en la banda izquierda del río Condoto como se baja: de dicho punto y por la misma ribera en dirección hacia arriba se medirán cinco kilómetros de longitud hasta el punto conocido con el nombre de El Salto, por dos kilómetros de centro midiendo hacia la divisoria de aguas entre el río Condoto y el riachuelo Apotó, quedando así demarcado un rectángulo de dos kilómetros de base por cinco de lado".

La hijuela de 6 de noviembre de 1920 formada a favor de Salazar dice: como se lee al folio 23 vuelto del mismo cuaderno: "Un terreno de agricultura y mina situado en el municipio de Condoto, denominado El Salto, alinderado así: por arriba, con terrenos de la Anglo Colombian en el punto llamado El Salto; por la parte de abajo, con la quebrada llamada El Paso; por el centro, las montañas altas que dividen las aguas que afluyen al río Condoto de las del río Apotó; y por el frente, el mismo río Condoto".

Al confrotar estas dos alinderaciones, no puede conceptuarse que haya error del Tribunal cuando encuentra las igualdades de linderos que afirma en su sentencia, y que de esa confrontación resaltan. Repítese que el error de hecho que, en su caso, prospera en casación, es el que aparece de modo manifiesto en los autos, según el citado motivo 1°, Art. 520 del C. J.

Por abajo en una alinderación se indica la quebrada Chevadé y en la otra la de El Paso. Esta discrepancia, indicativa de menor extensión para lo que por allí termina en la quebrada que desemboque arriba de la otra, no se opone a la coincidencia de las dos alinderaciones en todo lo demás: en los lados, la reconoce el recurrente mismo, y por la cabecera, lejos de ser errónea la observación del Tribunal, es la indicada, pues consiste en observar que en una y otra alinderacin se señala por El Salto y en que la posterior a la venta a la Anglo Colombian cita este nombre, además, al expresar el dueño del predio colindante.

Esta última observación explica con claridad la diferencia de esa alinderación con la de la compra hecha por la señora de Cuevas, por ejemplo.

Al contestar la demanda, para lo cual sustituyó el señor Newton C. Marshall el poder general del Dr. Uribe Holguín, sostuvo el sustituto que la venta hecha por la señora de Cuevas en 1912 con las reservas o excepciones que la hizo, implica una división de la mina titulada en 1889, para deducir de ahí que, habiendo por ello a la luz del Art. 157 del C. de M. otras tantas minas, los pagos aducidos por Salazar y la redención misma de 1903 de nada le valen por no corresponder a la misma suya.

Apoderado distinto del mismo doctor Uribe Holguín sostuvo después que no hubo tal división sino que esa venta de 1912 comprendió todo lo adjudicado en 1889, para deducir de ahí que nada quedó de eso para la señora y nada, por tanto, pudo adjudicarse en su mortuoria a Salazar que pueda reputarse amparado por la titulación de 1889, la redención de 1903 y los pagos posteriores aludidos.

Se echa de ver la contradicción que hay entre esos dos conceptos de una misma parte litigante. Con todo, puede interpretarse su concepto en esta forma: o la venta de 1912 abarca cuanto quedó adjudicado en 1889, y entonces nada quedó de esto en el patrimonio de la señora de Cuevas que en su mortuoria pudiera adjudicarse a Salazar; o lo que excluyó en 1912 era parte integrante de ese título de 1889, y entonces al vender así dividió la primitiva mina, de suerte que los pagos hechos por el comprador de 1912 no pueden amparar sino a éste, y Salazar, que en este concepto podía reputarse dueño de otra mina según dicho artículo 157, tiene que comprobar pagos directos y separados por ésta.

Pero esta interpretación de los argumentos sucesivos del actual recurrente, si evita el reparo de contradicción, no hacen, sinembargo, aceptables los cargos que de ahí deriva contra la sentencia, en relación con los títulos que se vienen citando y con los comprobantes sobre la redención y pagos posteriores aludidos. No respecto de los títulos, por lo expuesto ya sobre su sentido y alcance; y no respecto de redención y pagos, porque debe observarse que la mina adjudicada a Cuevas figuró en un principio como de tres pertenencias y que más tarde, al hallarse mayor su extensión, los pagos se atendieron sobre esta nueva base. Así, pues, si lo adjudicado a Cuevas en 1889 y redimido por la señora viuda en 1903 fue lo vendido por ella a dicha compañía en 1912, no hay motivo para tachar de manifiestamente errónea la apreciación que el Tribunal da a los otros pagos aludidos en el sentido de tener amparada por éstos la mina que hoy es de Salazar. Refuerza este concepto la consideración de que esos pagos abarcan, según el comprobante del fol. 42 del Cdno. 1º el lapso de 1910 a 1929 inclusive; que este certificado lo expide el Administrador de Hacienda Nacional de Quibdó, y que esta oficina recibió esos pagos y rindió esa certificación sobre la base de la dicha extensión mayor de tres pertenencias, pues de ello ha de reconocérsela al tánto al menos desde el 13 de enero de 1911, fecha de pago por extensión mayor indicada en el recibo que se lee al fol. 39 de ese cuaderno. El pago que acaba de citarse lo hizo la señora viuda de Cuevas. Y es sobre las bases que acaban de resumirse como se pidió por Salazar y se expidió por dicho administrador el certificado del folio 41 que comienza con la afirmación solicitada por aquel de estar la mina de Casco de Condoto a paz y salvo con el Tesoro Nacional.

Aunque adelante se enumerarán los varios cargos del recurrente conviene a la claridad anticipar que del error de apreciación de pruebas de que se está hablando deduce el de violación del Art. 3º de la ley 59 de 1909. Para rechazarlo basta agregar a lo dicho que lo que establece esa disposición es un derecho para los dueños de minas en las circunstancias en él detalladas, consistente en que, mediante cierto pago, pueden asegurar permanentemente su propiedad y quedar libres de todo impuesto ulterior. Aunque el recurso en sí no lo exige, no sobrará traer a cuento en relación con ese mismo artículo, el 8º del Decreto 223 de 1932.

Del error de derecho atribuído por el recurrente a la apreciacaón del referido título de 1889 deduce violación del Art. 5º de la ley 38 de 1887, directamente y por interpretación errónea, en cuanto ese título es sólo adjudicación y no trasferencia de fundos y en cuanto esta disposición se refiere a minas no descubiertas aún cuando esa ley entró en vigencia.

No se acepta el cargo, porque el Tribunal no atribuye a Cuevas dominio de fundos que no tenía, sino que reconoce a la adjudicación hecha a favor de este señor la calidad de minera, no limitada como tal a los linderos del título civil, según se ha visto aquí repetidamente; y porque tampoco el Tribunal atribuye virtud retroactiva a ese Art. 5º, sino que reconoce cuál fue la época y manera en que aquel título minero se expidió y, además, aprovecha la luz de esta disposición y se libra de juzgar aquel título a luz distinta de la que corresponde a la fecha y términos de su expedición.

No diciendo el Tribunal ni siquiera dando a entender que de declaraciones de testigos deduce título a favor de Cuevas o sus sucesores, sino basándose en los instrumentos públicos que obran en autos y en los recibos que, ya en copia, ya en certificación directa obran también en el proceso, no se halla admisible el cargo de violación del Art. 164 del C. de Minas que formula el recurrente.

Dos alegatos presentó esta parte en relacin con el presente recurso: uno al interponerlo en el Tribunal y otro en la Corte. En ambos detenidamente formula cargos diversos, contenidos todos en el motivo 1º de los establecidos en el Art. 520 del C. J.

Los cargos contenidos en el primero de esos memoriales pueden resumirse y enumerarse así:

a) Violación directa y también interpretación errónea de los Arts. 78, 79, 80 y 81 del C. de Minas, por cuanto extiende la titulación a algo que no poseía civilmente Cuevas cuando obtuvo la adjudicación aludida.

b) Violación directa del Art. 740 del C. C., en cuanto la sentencia —dice— admite, con la extensión de esa titulación a lo ajeno un medio de tradición sin intención de trasferir ni de adquirir el dominio. Al respecto advierte que lo que Cuevas tuvo intención de adquirir y denunció y pidió se le adjudicara y lo que el Gobierno tuvo intención de concederle fue sólo sobre lo que poseía y no sobre lo ajeno, a que el Tribunal lo extiende.

c) Error de derecho en la estimación del título en cuanto el Tribunal lo extiende a porciones ajenas, y consiguientemente violación de las disposiciones que acaban de citarse.

ch) Error de apreciación, con igual violación, de las escrituras de la Notaría de Istmina Nº 52 de 29 de marzo de 1912 y Nº 63 de 18 de julio de 1917.

La venta hecha por la señora Mercedes viuda de Cuevas a la Anglo-Colombian fue de toda la mina, y si exceptuó ciertos lotes no fue porque estos hicieran parte de lo adjudicado a Cuevas, sino cabalmente porque eran distintos y extraños a eso. Además, esa venta, por lo mismo, no fue división de la mina. De ahí el cargo de error de derecho en la apreciación de esas escrituras, así como del título de adjudicación.

d) Error de derecho en la apreciación del título de adjudicación y violación del Art. 5º de la ley 38 de 1887, por eso y por interpretación errónea, en cuanto esa titulación es sólo esto y no adjudicación de lo que Cuevas no tenía en su dominio, y por cuanto esta disposición se refiere a minas no descubiertas aún cuando esa ley entró en vigencia.

e) Violación por errónea interpretación de los Arts. 749, 759, y 2641 del C. C., por haber tomado en cuenta, con error de derecho en la apreciación de esta prueba, la partición con su sentencia aprobatoria e hijuela a favor de Salazar en la mortuoria de la señora Ortega de Cuevas, sin estar debidamente registradas.

f) Error de hecho y de derecho en la apreciación de la redención de 1903 y de los pagos de impuesto minero posteriores a ese año, en cuanto el Tribunal da por amparado a Salazar con ellos, y consiguiente violación del Art. 157 del C. de Minas, del 3º de la Ley 59 de 1909 y de las demás disposiciones de aquel Código ya citadas y también los Arts. 341 y 345 del mismo. Estos por haberlos dejado de aplicar.

En el escrito de fundación del recurso ante la Corte, en septiembre de 1934, consagra el recurrente lo mayor de su esfuerzo a desechar los instrumentos públicos presentados por su contraparte y a acusar al Tribunal por haberlos admitido a pesar de no estar aducidos en debida forma, en especial en lo tocante a registro de los que debieron registrarse. Y después de enumerarlos y anotar a cada uno los defectos de que, en su sentir, adolecen desde ese punto de vista, dedujo de ahí el cargo de violación directa o por aplicación indebida o por haberse dejado de aplicar, de las disposiciones legales relativas a registro, copias, pago de impuestos, de que hace su correspondiente y larga enumeración.

De todo ello se forma en este alegato lo que se llama allí primer motivo (fols. 8 a 11 del Cdno de Casación).

En lo que el alegato ante la Corte llama segundo motivo acusa la sentencia por error de hecho manifiesto en los autos en la apreciación de las "llamadas escrituras públicas en que el demandante Constantino Salazar funda su oposición, escrituras números 194, 147 que corren a los folios 21 y 31 del cuaderno principal y en la certificación sobre pagos del impuesto minero que se halla al folio 41 del mismo cuaderno y recibos que se hallan a los folios 121 Vº y 122 del propio cuaderno".

Consiste el error en tener por comprendido lo que se adjudicó a Constantino Salazar en lo que la señora de Cuevas había vendido a la Anglo-Colombian y que mal podía adquirir Salazar como herencia de dicha señora. Este error, agrega, "que se extiende a la demanda, porque ésta al citar la escritura de esa venta, advierte que excluyó de ella, la vendedora, los derechos correspondientes a la porción de mina que en 1889 no pertenecía a su marido", llevó al Tribunal a violar el Art. 3º de la ley 59 de 1909 por aplicarlo indebidamente al decir que la mina a que este pleito se refiere está amparada por una redención que sólo cobija otra.

Como tercer motivo en ese mismo alegato se formula el cargo de violación del Art. 164 del C. de Minas en cuanto el Tribunal tuvo como propiedad de la mina meras declaraciones de testigos, siendo así que a la luz de esa disposición lo único que se necesita para conservar una mina es el pago del impuesto. Agrega al formular este cargo que la sentencia recurrida se llevó de calle todo el sistema legal establecido en los textos que forman los Caps. XX y XXI de ese Código.

Otros dos capítulos, como finales, contiene el alegato de casación ante la Corte que viene resumiéndose, a saber:

Medios nuevos, en que el recurrente se anticipa a advertir que lo que ahora indica en su capítulo primer motivo contra los instrumentos públicos aludidos y ausencia de su registro o irregularidad en éste, no se controvirtió en las instancias. Y sin embargo, dice, debe estudiarse, porque "tratándose de principios de orden público, como son aquellos que gobiernan el registro de la propiedad inmueble, no puede decirse que la alegación que se haga en casación sobre el desconocimiento de tales principios sea un medio nuevo, sólo porque no se hizo tal alegación en las instancias del juicio."

Otros motivos. Bajo este epígrafe en el capítulo final de su alegato ante la Corte el actual abogado del denunciante acoge y reproduce, para que sea tenido como de él y como de ahora, cuanto indica y objeta su antecesor en ese mandato en el escrito de interposición ya citado y resumido aquí.

Al analizar uno a uno estos cargos a la luz de lo estudiado en los capítulos precedentes de esta sentencia sobre las pruebas de cuya errónea apreciación se acusa al Tribunal, se encuentra que ni este cargo de error ni el consiguiente de violación de disposiciones legales pueden admitirse.

En efecto, si Cuevas no proveyó a revalidar en 1889 un título sino directamente a obtenerlo, la interpretación que da el Tribunal a este título no viola el art. 70 ni los arts. 78 a 81 del C. de Minas.

Si el Tribunal se limita a reconocer a esa adjudicación su calidad de título de minas con sus obligadas consecuencias ante ese código, no viola el art. 740 del C. C., pues no incurre en el invento de un nuevo modo de tradición de fundos que le atribuye el recurrente; ni desvirtúa, o crea, como éste afirma que lo hace, intención en el Gobierno de transferir y en Cuevas de adquirir ese dominio de fundos de que el Tribunal no ha hablado, pues se ha circunscrito a la mina, como corresponde a la inequívoca calidad de aquella adjudicación.

Tampoco violó el art. 3º de la ley 59 de 1909, ni el 5º de la 38 de 1887, por las razones ya expresadas; ni los arts. 341 y 345 del C. de Minas, porque al guardarse de tener por abandonada la mina de Salazar no procede por estimar innecesarios a ese fin los pagos de que hablan estas disposiciones, sino porque los encuentra comprobados.

El Tribunal conceptúa que toda la mina adjudicada y deslindada en 1889 fue redimida en 1903, y que, por tanto, aunque se haya dividido, redimidas están todas sus porciones, por lo cual lo está la de Salazar, y que, por tanto, esa redención y el estar dentro de lo adjudicado a Cuevas la mina de Salazar, amparan a éste contra la pretensión del denunciante a la que sería indispensable el abandono, impedido con aquello.

Arguye el recurrente que la redención no pudo amparar sino las tres pertenencias con que la mina figuró al redimirse y se vendió a la Anglo-colombian en 1912, por lo cual los dueños de las minas restantes surgidas de la división determinada por esta venta, no pueden cobijarse con aquélla. Sin necesidad de indagar si en efecto la redención abarca toda la alinderación primitiva, transcrita en el comprobante de la misma, o si se limita a las tres pertenencias allí también expresadas, basta advertir que ha habido pagos posteriores que impiden el concepto de abandono aun en el supuesto de optar en el razonamiento por esta idea de limitación.

El Tribunal opina que estos pagos defienden a Salazar contra el concepto de abandono; y para llegar en casación a la opinión contraria sería preciso que el recurrente indicara en el proceso elementos que pusieran de manifiesto el error de que habla, o sea que infirmaran la certificación categórica que da el administrador de Hacienda Nacional en el citado comprobante del folio 41 del cuaderno 1º de estar a paz y salvo con el Tesoro la mina Casco de Condoto.

Como ya se dijo, ese empleado tenía que saber cuál es esa mina, cuáles sus linderos, cuál su extensión, no sólo por lo que dice el acta de redención extendida en esa oficina detalladamente a estos respectos en 1903, sino por las declaraciones de mayor número de pertenencias correspondientes a los recibos por los años de 1910 en adelante. Y su certificación tantas veces aquí citada no contiene excepción, limitación ni distinciones de que pudiera deducirse que no se refiere al total aludido. El denunciante, en esfuerzo parcialmente logrado, se empeñó en demostrar que los más de esos pagos han sido hechos por la prenombrada compañía; pero, como la ley no mira a la persona del pagador sino a la mina misma, de ese detalle mal podría deducirse que las consecuencias de los pagos en el sentido de impedir el abandono, no favorezcan a Sa-

lazar, cuya mina, repítese, se halla dentro de la adjudicación minera de 1889, como queda visto.

No estando, pues, demostrado el error de apreciación de las pruebas de que se está hablando, no es admisible el cargo de violación de las disposiciones legales que el recurrente estima infringidas por ello.

Acerca del registro de varios de los instrumentos públicos que obran en autos y de aquellos por medio de los cuales se protocolaron algunos documentos que de suyo no requerían intervención notarial, formula el recurrente reparos que no fueron materia de discusión alguna ni de objeción de él en las instancias y que, por ende, constituyen medios nuevos. De esto se tratará adelante.

Pero como dentro de aquellos instrumentos figura uno respecto del cual sí hubo tal objeción en instancia, este cargo que, por lo mismo, puede y debe estudiarse ahora que se formula en casación, pasa a considerarse separadamente.

Ese instrumento es la hijuela de Salazar, tantas veces aquí citada, en la mortuoria de la señora de Cuevas. La copia materia de la tacha forma los folios 21 a 30 del cuaderno principal. Allí con el encabezamiento y demás elementos del caso se transcribe la hijuela de Salazar. Esa causa se protocoló en la notaría de Istmina con el número 194 el 6 de noviembre de 1920.

La tacha consiste en que el Tribunal tomó en consideración esta prueba, no debiendo hacerlo, dice el recurrente, porque no aparece más nota de registro que la de la protocolización y, por tanto, falta la de la partición misma, De ahí deduce que se falta a los arts. 749, 759 y 2641 del C. C. si se la toma en cuenta. Esto se lee en su alegato ante el Tribunal (Cdno. pl., folio 188 frente). Así argüía al alegar de conclusión en la segunda instancia. Y el Tribunal, sin embargo, tomó en cuenta en su fallo hoy recurrido, esa prueba.

Ahora en casación, entre las múltiples objeciones aludidas bajo el epígrafe "medios nuevos", trae también el que acaba de expresarse, que, repítese, por haberse presentado en instancia, se estudia.

Efectivamente figura en esa copia dos veces la nota de registro de la protocolización; pero esto no significa que no figure la que el recurrente echa menos. Aquélla se ve al folio 29 vuelto y al 30 del cuaderno 1º, respectivamente en copia expedida en la notaría y en reproducción directa del registrador, naturalmente ambas con una misma fecha (noviembre 6 de 1920), un mismo número (140) e indicación de una misma página (115 del Libro de Registro). Al folio 28 vuelto y encabezamiento del 29 frente del mismo cuaderno se halla la nota de registro de 4 de ese mes y año, partida Nº 22, fol. 16 del L. R., transcrita en la copia notarial en referencia y relativa a la partición, al pie de cuya sentencia aprobatoria es donde allí se halla.

No es pues admisible el cargo.

En el alegato de casación formulado ante la Corte ese cargo se repite al formular los varios que calificados de medios nuevos por el mismo recurrente, han de contemplarse a esta luz, como se hará en seguida. Pero, como en lo relativo al que acaba de considerarse se anota en ese alegato la violación del art. 2673 del C. C. y se comenta que esas letras L. R. nada significan o al menos no tienen sentido cierto, debe agregarse a lo dicho aquí sobre esa copia de la hijuela de Salazar que esas letras se entienden obviamente, y así con la mayor frecuencia se usan, como indicativas, en iniciales, de "Libro Respectivo". Sin profundizar, porque no vendría al caso la legalidad de este uso, basta al presente recurso observar que se trata del cargo de error de hecho en la apreciación de esa prueba y que no es manifiesto, caso de haberlo el error apuntado; y que el error de derecho de que también se acusa al Tribunal por haber apreciado esa prueba, tampoco se halla, tanto por no limitarse el registro al de la protocolización el 6 de dicho noviembre, sino existir también el citado registro de 4 de ese mes, cuanto porque no se halla que el Tribunal al acoger y estudiar ese comprobante infringiera las citadas disposiciones sobre registro, siendo así, repítese, que hay los dos registros distintos de 4 y 6 de dicho noviembe, atrás especificados, y no solamente este último, que fue, por otra parte, el reparo formulado en instancia.

Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal de violatoria de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el decurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos en que la

acusación consiste o se basa. El recurrente se presenta como defensor de la ley y, a más de que la ignorancia de ésta no sirve de excusa (C. C., art. 9º), mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas, a pretexto de que en las instancias no se debatieron. Ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es sólo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dictó y por qué camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal.

No así cuando la violación de ley sustantiva de que se acusa un fallo proviene de error en la apreciación de pruebas. En estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aun limitado campo jurídico de que acaba de hablarse, en el cuál en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho cambia la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y su estudio sí es algo circunscrito dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedero a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en períodos anteriores a la sentencia del Tribunal.

Estas reflexiones sencillas hacen ver con claridad cómo y por qué, sin necesidad de expresa disposición legal y con sólo estar atenta a la índole y peculiaridades del recurso de casación, la Corte se ha guardado de aceptar en él los justamente llamados medios nuevos, esto es, los que vienen a presentarse por primera vez ante ella, ex post facto, sin reparo, objeción ni contienda anterior, esto es, en instancia. Acusar en él una sentencia porque tomó en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, es algo reñido con él en su singularidad, finalidades e idiosincrasia. Entrar a considerar en él cargos de esa clase y circunstancias, sería olvidar, por otra parte, a qué se encamina según la indicación inicial del art. 519 del C. J.

En el presente pleito los instrumentos aducidos por el opositor fueron discutidos por el denunciante en forma detenida y nimia, no en su calidad de elementos de prueba, no en su ser probatorio, sino en su alcance y sentido, esto es, en una forma que implicaba su aceptación en principio como tales elementos. Con la sola salvedad de los reparos de detalle al registro de la citada hijuela de Salazar, que por lo mismo se han estudiado separadamente, en lugar alguno del proceso formuló su contraparte, hoy recurrente, el reparo que ahora en casación formula. De ahí que éste se anticipe a declararlo en franca advertencia sobre la novedad del medio, novedad que naturalmente no habría pasado inadvertida a la Corte; pero agrega, a fin de que aquélla no sea óbice a que ésta lo considere, que se trata de algo de orden e interés público, como es cuanto atañe al registro.

Basta observar a este respecto que en el presente juicio no se ha contenido ni en la presente sentencia se está decidiendo sobre la institución del registro, sino que el cargo en que ese medio nuevo consiste versa sobre detalles como la falta de precisión de las citas de los libros en que fueron inscritos los instrumentos de cuya consideración sostiene el recurrente que debió abstenerse el Tribunal, quien no dice ni sugiere con el hecho de tomarlos en cuenta que el registro sea innecesario o que aun sin él y contra el precepto del art. 2673 del C. C. hubieran de aceptarse.

Lo que genéricamente es el orden público, el interés público, no puede entenderse para estos problemas como el interés que siempre debe haber en que las leyes, toda ley, sea cumplida; si así se entendiese, jamás cabría la distinción, aceptada aquí de antemano por el recurrente mismo, entre los diversos medios de que puede ser materia la casación y todos, novísimos que fuesen habrían de considerarse en este recurso. Bien se echa de ver cómo se le desnaturalizaría así.

La invocación de ese interés público no puede, pues, valerle en el presente caso en que sus respectivos cargos consisten en los aludidos reparos a las precisas escrituras públicas a que singularmente se refiere ahora en pleito sobre intereses particulares.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Cali el veintiocho de octubre de mil novecientos treinta y tres.

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. Pedo León Rincón, Srio. en ppdad.

NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EMBARGADOS

El artículo 42 de la ley 95 de 1890 establece que cuando la enajenación de la finca embargada sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, no se considerará en litigio la cosa respecto de dicha persona distinta ni de los que contratan con ella, lo cual está diciendo, claramente, que no pueden ser terceros los que derivan su título del mismo ejecutado. Esa disposición se refiere a los contratos celebrados entre terceros, que, como tales, no derivan su título del ejecutado o del demandado. Mientras la permanencia del embargo registrado hiciera de las casas embargadas un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición terminante de hacer la tradición de lo vendido y era de estricta aplicación para el Registrador el artículo 43 de la ley 57 de 1887, a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros que no derivaran su título del ejecutado o demandado, caso en el cual el registro podía hacerse por virtud del artículo 42 de la ley 95 de 1890.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

Hechos

(Síntesis que hace la Corte de los pertinentes para el recurso)

Elías Angel Olarte se constituyó deudor del Banco Hipotecario de Bogotá por suma de pesos, y para seguridad del Banco le dio en hipoteca dos casas de su propiedad situadas en Medellín. Posteriormente Angel Olarte las vendió a Rito A. Neira y a Paulina Jaramillo. El Banco ejecutó a estos últimos ejercitando exclusivamente la acción real hipotecaria, y reservándose la personal, embargó las dos casas y el embargo se registró el día 2 de junio de 1930. Poco después Neira y Jaramillo, conjuntamente, vendieron las casas a Elías Angel Olarte, pero aunque no aparece que el Banco consintiera en esa venta, sí resulta tratando después con el nuevo dueño Angel Olarte cuestiones relativas al pago y a la ejecución y le recibió algunos abonos a cambio de suspender el juicio, no de desistir de él ni de levantar el embargo.

En estas condiciones Elías Angel Olarte le vende las mismas dos casas a Pedro C. Castro por medio de la escritura N° 801, otorgada en la notaría 2ª de Medellín el 7 de abril de 1931, le advierte que está hipotecada pero también le dice que está libre de embargo judicial y de registros por demanda civil (cláusula tercera).

El precio fue de cuatro mil quinientos pesos ($ 4,500.00), de los cuales Angel Olarte declara recibidos a su entera satisfacción dos mil noventa y cuatro pesos con cuarenta y cinco centavos ($ 2,094.45), y los dos mil cuatrocientos cinco pesos cincuenta y un centavos ($ 2,405.51) restantes (sic), los deja en poder del comprador para que redima éste la hipoteca de las casas con sus intereses de entonces en adelante.

El Registrador de Instrumentos Públicos de Medellín, no obstante hallarse inscrito el embargo de esas casas desde el 2 de junio de 1930, registró la escritura posterior de venta de las mismas casas.

Pedro C. Castro, el comprador, mayor y vecino de Rionegro, demandó entonces a su vendedor Elías Angel Olarte, mayor y vecino de Caldas (Antioquia), para que se declare la nulidad de la compraventa por haber tenido objeto ilícito, consistente en haberse vendido después del embargo y pa-

ra que se vuelvan las cosas al estado anterior del contrato, en la forma de que se tratará más despacio en otra parte de este fallo. En subsidio pide la rescisión del contrato por existir, cuando se celebró, vicios redhibitorios que afectaban las casas, con la misma consecuencia de que las cosas se vuelvan a cierto estado anterior; y, finalmente, también en subsidio, por perjuicios resultantes de "la negociación ilícita".

Sentencia acusada

(Fecha, septiembre 27 de 1933)

Considera el Tribunal Superior de Medellín:

Que los contratos que constan, respectivamente, en las escrituras Nº 1933 de 31 de julio de 1930 y Nº 801 de 7 de abril de 1931, ambas de la notaría 2ª de Medellín, al tenor de los cuales Rito A. Neira y Paulina Jaramillo venden a Elías Angel Olarte, y luégo éste vende a Pedro C. Castro R. los dos inmuebles urbanos en cuestión, son evidentemente posteriores al registro del embargo de los mismos inmuebles verificado por razón de la acción real hipotecaria promovida por el Banco Hipotecario de Bogotá contra Rito A. Neira y Paulina Jaramillo, puesto que el embargo se consumó el 2 de junio de 1930.

Que el registro de las escrituras sólo puede explicarse porque el acreedor hipotecario accedió a que se hicieran, o por descuido del registrador.

Que aunque es posible que el Banco acreedor diera su consentimiento y, hay al respecto algunos indicios, no aparece la plena prueba de ese consentimiento ni hace falta, porque tanto el vendedor Elías Angel Olarte como el comprador Pedro C. Castro R., son personas distintas de las demandadas en el juicio especial hipotecario, para quienes no estaban en litigio ni por tanto fuera del comercio las dos casas embargadas, según el art. 42 de la ley 95 de 1890.

Que no acepta la tesis del Juez de primera instancia de que jurídicamente son una misma persona el deudor Angel Olarte que contrajo la obligación de deudor hipotecario y los poseedores Neira y Jaramillo, a quienes el Banco demandó, por el solo hecho de que después Angel Olarte les hubiera vuelto a comprar las casas hipotecadas a Neira y Jaramillo, pues, dice textualmente el Tribunal, "extraño puede ser al que contrae la obligación personal y constituye la hipoteca un tercero o cuarto poseedor a quien llega la cosa por ventas sucesivas en el largo plazo de los préstamos hipotecarios". Distinto sería, continúa el Tribunal, "si el Banco hubiera ejercitado acción personal contra Angel Olarte". Y concluye: "Por otra parte, el art. 42 citado no entra en distinciones y su tenor literal no ofrece oscuridad que autorice la interpretación".

Considera pues el Tribunal que no es nulo el registro de la escritura Nº 801, que la tradición se efectuó y que no es posible desconocer que Angel y Olarte se hizo dueño de las dos casas.

En cuanto a los puntos de vista del Tribunal relativos a la nulidad que encuentra en cambio en el registro de la otra escritura Nº 1933, como ella no ha sido objeto del litigio, ni las razones del Tribunal inciden en la resolución relativa a la Nº 801, la Corte prescinde de relatarlas.

Finalmente, en cuanto a la rescisión del contrato contenido en la escritura 801, por vicios redhibitorios, como daño en las cañerías o desagües de las casas y en la existencia del embargo, el Tribunal considera que los primeros, ni tienen gravedad, ni están demostrados, y que el último no es vicio oculto dada la publicidad y objeto de la institución del registro.

En consecuencia, el Tribunal revoca la sentencia del Juez y en su lugar declara probada la excepción de petición de un modo indebido.

La tesis sentada por el Tribunal, puede resumirse así:

No está probado, a través de indicios, el consentimiento del acreedor. Pero ese consentimiento no era necesario para la validez de la enajenación, porque el vendedor Angel y Olarte y el comprador Castro R. eran terceros respecto de los demandados Neira y Jaramillo. Por eso no es nula la enajenación.

Recurso de casación

Contra la sentencia anterior recurre en casación el demandante Pedro C. Castro R., y aunque la redacción del recurso es bastante descuidada y un tanto oscura, se pueden destacar, y ordenar, en síntesis, los siguientes cargos:

Infracción, por aplicación indebida e interpretación errónea, del art. 42 de la ley 95 de 1890, interpretación errónea que a su vez llevó al Tribunal a infringir directamente el numeral 3º del art. 1521 del Código Civil. Porque el Tribunal acepta que primero se registró el embargo de las dos casas hipotecadas con ocasión del juicio

promovido por el Banco Hipotecario de Bogotá en ejercicio de la acción real, y que después se registró la escritura número 801, que contenía la venta de esas mismas casas, y reconociendo el Tribunal, como reconoce, que no medió consentimiento del acreedor para el registro de la venta posterior al embargo, se niega a anularla, por estimar indebidamente que el vendedor Angel y Olarte era persona distinta de la ejecutada por el Banco acreedor.

Hay en esto un error, en concepto del recurrente, porque si el Banco acreedor dirigió la acción real hipotecaria contra Rito A. Neira y Paulina Jaramillo, como titulares que eran entonces del dominio de las dos casas, como éstos las vendieron después a Angel Olarte y luégo Angel Olarte a Castro R., el Tribunal no debió tener a Angel Olarte y a Castro R. como terceros o personas distintas del ejecutado, y si las tuvo violó el art. 42 de la ley 95 de 1890, por aplicación indebida e interpretación errónea, pues según este precepto no es tercero el que deriva su título del ejecutado y mucho menos cuando en este caso concurre la circunstancia de que Angel y Olarte, sucesor en el dominio de las casas hipotecadas por habéraselas comprado a los ejecutados Neira y Jaramillo, fue el deudor que primitivamente había contraído la obligación con el Banco. De ahí el cargo de violación del ordinal 3º del art. 1521 del C. C., porque si Angel y Olarte no era tercero, la enajenación le estaba prohibida por ilícita, a menos que el acreedor hubiera consentido en ella; y si fue ilícita, el Tribunal ha debido tenerla por nula.

La Corte considera que es evidente el quebrantamiento por parte del Tribunal sentenciador de ambos artículos. Del 42 de la ley 95 de 1890, por haber estimado el Tribunal, en el pasaje atrás transcrito de la sentencia, que Elías Angel Olarte era un tercero extraño al ejecutado, para quien no se consideraban las casas en litigio, siendo así que Angel Olarte derivaba su título de la venta que le hicieron los ejecutados Neira y Jaramillo con posterioridad al embargo, y el mismo, Angel Olarte, fue tenido como deudor por el Banco ejecutante, como se verá ahora, y con el antecedente de ese título fue como luégo le vendió al demandante Castro sin consentimiento del acreedor. El art. 42 de la ley 95 de 1890 establece que cuando la enajenación de la finca embargada sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, no se considerará en litigio la cosa respecto de dicha persona distinta ni de los que contratan con ella, lo cual está diciendo, claramente, que no pueden ser terceros los que derivan su título del mismo ejecutado. Esa disposición se refiere a los contratos celebrados entre terceros, que, como tales, no derivan su título del ejecutado o del demandado. Y ya se vio que Angel y Olarte, tradente de Castro, había comprado las casas embargadas a los ejecutados Neira y Jaramillo.

El quebrantamiento del art. 1521 del C. C. resulta igualmente de la circunstancia de que el Tribunal no le diera eficacia a ese precepto para estimar ilícita la enajenación de las dos casas embargadas antes por decreto judicial sin que la enajenación hubiera sido autorizada por licencia del Juez ni por el consentimiento del acreedor, siendo así que el vendedor Angel Olarte, demandado en el juicio, no probó ni esa licencia, ni ese consentimiento, estando en el caso de obtenerlo, por no ser el tercero a que se refiere el art. 42 de la ley 95 de 1890. Sólo mediante una de esas condiciones habría evitado la ilicitud del objeto del contrato.

Y no se diga que lo prohibido es sólo la enajenación y que en el presente juicio lo demandado es la nulidad de la venta, porque el art. 1868 del C. C. sólo permite la venta de las cosas corporales o incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley, y el 1523 de la misma obra establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Mientras la permanencia del embargo registrado el 2 de junio de 1930 hiciera de las casas embargadas un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición terminante de hacer la tradición de lo vendido y era de estricta aplicación para el Registrador el art. 43 de la ley 57 de 1887, a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros que no derivaran su título del ejecutado o demandado, caso en el cual el registro podía hacerse por virtud del art. 42 de la ley 95 de 1890.

En confirmación de lo que acababa de decirse, conviene anotar que no se trata del caso de venta de cosa ajena, en que podría hacerse la distinción entre validez de la venta, en el sentido de que el contrato produce obligaciones para los que lo celebran, y nulidad de la tradición posterior por medio del registro. El caso en cuestión es simplemente de venta de cosa embargada. Ninguno le discute al ejecutado el dominio de las casas.

Esta anotación se pone de relieve si se supone que el comprador Castro pretendie-

ra el reconocimiento de un mejor derecho de dominio que el del ejecutado, para el efecto de excluír, con la antigua acción de tercería, la cosa embargada de la traba ejecutiva, en donde se vería claro que proviniendo su título de dominio del mismo ejecutado, y versando el contrato sobre un objeto ilícito, ya que las casas, materia de la compraventa, estaban cuando se efectuó el contrato, fuéra del comercio, por hallarse embargadas; mal podría Castro E., con ese título, demostrar mejor derecho que el ejecutado al dominio de las casas, por ser el mismo y carecer de tradición válida. (Véase la sentencia de casación de fecha 16 de junio de 1916, G. J. Nos. 1302 y 1303).

Se ha dicho que el Banco acreedor entabló la acción real hipotecaria y señaló como titulares y poseedores de las casas a Rito A. Neira y Paulina Jaramillo, que entonces lo eran. Sin embargo también se ha dicho, en varios pasajes de este fallo, que el ejecutado era Angel y Olarte, porque, en primer lugar, después de ejecutados aquéllos, sin ejercitarse la acción personal, le vendieron a Angel Olarte por escritura Nº 1993, de julio 31 de 1930, pero el Banco tuvo conocimiento de esta venta y con posterioridad asintió a ella, puesto que tanto verbalmente como por escrito, el gerente y el abogado del Banco se entendieron con Angel, así para convenir en suspender el juicio, pero sin desistir de él, mientras Angel Olarte, nuevo dueño de las casas, hacía cierto abono mensual en dinero, como para aclarar los términos de tal convenio, en desarrollo del cual hizo varios pagos Angel Olarte al Banco. En estas condiciones es claro que el Banco convino en que Angel Olarte era el deudor obligado, no obstante que antes de comprar dirigió la ejecución—y no podría hacerlo de otro modo—contra los antecesores dueños entonces de las casas.

Procede pues casar el fallo acusado, pero sólo parcialmente, en lo concerniente a la nulidad demandada, y no en cuanto a la absolución de la acción rescisoria por vicios redhibitorios, que no ha sufrido ataque ante la Corte, y que fue propuesta, así como la de perjuicios, en forma subsidiaria, para el caso en que no se hiciera la declaración de nulidad.

Como una consecuencia de esta última acción, el demandante Castro pide, ordinal b):

"b) Que en consecuencia de esta declaración, deben volver las cosas al estado en que se encontraban antes de dicho contrato de compraventa, y por lo tanto deben declararse sin valor ni efecto las escrituras que formalizan la venta y la cancelación Nº 801 de 7 de abril de 1931 y Nº 800 de la misma fecha, otorgadas ante el notario 2º de este circuito; quedando por lo mismo en vigor el gravamen que existía a mi favor y a cargo de mi demandado Angel Olarte, constante en la escritura Nº 2642, de 13 de octubre de 1930".

El hecho antecedente de esta súplica es el 4º del libelo de demanda, que dice así:

"4º El precio a que Angel Olarte transmitiera las propiedades a que me vengo refiriendo fue el de $ 4,500, que me debía pagar así: $ 2,405.51 que pagaría yo al Banco Hipotecario de Bogotá para la cancelación de la deuda constituída a favor de éste, y los $ 2,094.45 restantes (sic), que sumados a los primeros formaban el total del precio de la venta para cancelar la hipoteca constituída a mi favor y a cargo del mismo Angel Olarte, sobre una finca de éste último, según lo reza la escritura Nº 800, de 7 de abril de 1931 de la misma notaría, que cancela la escritura Nº 2642, de 13 de octubre de 1930 de la notaría 2ª citada; en la forma dicha queda entendida y explicada la cláusula cuarta de la escritura de venta que me hizo Angel Olarte a mí, no habiéndose pues entregado ni recibido dinero por parte de los contratantes, sino que en la forma que se expresó quedaron cumplidas la venta y la cancelación ya dichas".

La cláusula relativa al pago, punto cuarto de la escritura Nº 801, es del tenor siguiente:

"Cuarto: Que el precio en que vende y transmite las propiedades mentadas es el de $ 4,500 oro, de los cuales declara recibidos a su entera satisfacción $ 2,094.45, y los $ 2,405.51 restantes los deja en poder del comprador para que redima los gravámenes con que pesan (sic), los inmuebles por esa suma, con sus correspondientes intereses de hoy en adelante".

El mismo día en que Angel Olarte le vende a Castro las dos casas de Medellín, Castro otorga en la notaría la escritura inmediatamente anterior, Nº 800, con el único objeto de declarar, como en efecto declara, que Angel Olarte "cumplió ya con las obligaciones consignadas" en la escritura Nº 2642, otorgada el 13 de octubre de 1930 en la misma notaría, conforme a la cual Angel Olarte se constituyó su deudor por la suma de $ 4,500 con garantía hipotecaria de una finca rural situada en el municipio de Caldas (Antioquia). Consta por el certifi-

cado del Registrador que en vista del contenido de la escritura Nº 800, fue cancelada esa hipoteca.

Comoquiera que al comprarle Castro a Angel Olarte las dos casas de Medellín, éste declara en la escritura Nº 801 que ha recibido a su satisfacción la suma de $ 2,094.45, como parte del precio, y en la Nº 800 otorgada por Castro ese mismo día éste le cancela a Angel una deuda por valor de $ 4,500, sin que en una ni en otra de dichas escrituras se diga que el un pago corresponda al otro, o que las casas fueron materia por parte de Angel Olarte de una dación en pago a Castro, éste quiso demostrar en el presente juicio la conexión íntima o real de los dos actos jurídicos, de la cancelación con la compraventa.

Esta prueba no aparece dada. Pues la más pertinente, la de confesión por medio de posiciones que al respecto absolvió Angel y Olarte, lejos de implicarla, contiene la constante afirmación contraria de parte del absolvente. La prueba del contenido del hecho cuarto de la demanda correspondía darla al demandante Castro, porque sólo mediante ella podría conseguir que al volverse las cosas al estado anterior por razón de la nulidad de la venta, esas cosas no fueran las simples devoluciones de las casas y del precio que reza la escritura Nº 801, sino las de un estado anterior por razón de un negocio distinto entre las mismas partes, que por las aseveraciones del actor, al ser probadas, hubieran quedado sin causa jurídica. Y además, porque las estipulaciones o declaraciones hechas por las partes en la escritura Nº 801, hacen plena fe contra los declarantes mientras no se pruebe lo contrario.

Por consiguiente, declarada la nulidad del contrato en cuestión, hay que volver las cosas al estado anterior, petición que hace el actor, aunque no se puede decretar con la extensión solicitada, de que se acaba de hablar, sino dentro del contenido mismo del contrato Nº 801.

Al volver a Angel Olarte las casas porque Castro se las devuelva, y es el caso de advertir que está probado que Castro las recibió materialmente y que las administró. Angel Olarte debe entregarle a Castro la suma de dinero que declara que recibió de él ($ 2,094.45), pero no el valor de la hipoteca que Castro se comprometió con Angel Olarte a pagarle al Banco por éste, porque no está probado en manera alguna que Castro abonara siquiera parte de ella al Banco. Angel Olarte vuelve a ser deudor único del Banco, y en realidad no ha dejado de serlo porque a Castro no lo reconoció el Banco, según ya se vio, como deudor en sustitución de Angel Olarte. Y con las casas que vuelve a recibir Angel Olarte, va contenido el valor de la deuda de que sigue respondiendo.

En cuanto a prestaciones mutuas, ellas se decretan de oficio por el Juez, como consecuencia de las restituciones que, aunque no demandadas, surgen por el mismo hecho de la restitución.

Para el efecto de las prestaciones, Castro ha de ser considerado como poseedor de buena fe. Lejos de haber prueba en contrario, aparece reclamando amigablemente a Angel Olarte, poco tiempo después del contrato, que vuelvan las cosas al estado anterior por haber sido víctima del hecho, del embargo, que resultó para él después, según carta que por medio de un intermediario en el negocio le dirige a Angel Olarte, que obra a folios 87 del cuaderno principal, y que presenta el mismo Angel Olarte.

En cuanto a Angel Olarte, está plenamente probado el conocimiento que tenía del embargo de las casas, y a pesar de ello declara a su comprador en la cláusula 3ª de la escritura que están libres de embargo y de demanda. (Véanse los pagos, o abonos, folios 72 y sts., que desde agosto de 1930 estuvo haciendo al Banco, en cumplimiento del arreglo de suspensión del juicio, después del embargo judicial y antes de venderle a Castro). Debe ser considerado como poseedor de mala fe.

El Juez de primera instancia resolvió las diversas cuestiones litigiosas, de acuerdo con la doctrina y los puntos de vista del expediente que la Corte ha expuesto y analizado, pero la fecha desde la cual han de pagarse los frutos civiles de las casas por parte de Castro y los intereses legales por parte de Angel Olarte la fijó dicho funcionario desde la ejecutoria del fallo. Como Castro no apeló de dicha sentencia del Juez, y ahora ante la Corte, después de fundar su recurso de casación, termina pidiendo la confirmación de aquélla, no puede modificarse en su favor la fecha a partir de la cual corren los intereses de la suma de dinero que ha de devolverle Angel Olarte.

En cuanto a la fecha inicial para que Castro pague los frutos civiles de las casas, también fijada por el Juez desde la ejecutoria de la sentencia, de la cual apeló Angel Olarte, ha de modificarse en el sentido de que esa fecha sea desde la contestación de la demanda, al tenor de la previsión del art. 964 del C. C. para los poseedores de buena fe. Esa será una variación del

fallo del Juez de primer grado. Pero como no hubo contestación a la demanda, esa fecha será la del auto de 12 de julio de 1932, en que se resolvió el incidente sobre el término vencido al efecto.

Cuando el presente fallo se vaya a ejecutar puede suceder que las casas se hayan rematado por cuenta del crédito del Banco Hipotecario de Bogotá. En ese caso el interés económico de la demanda, contenido en la futura regresión de las cosas a su estado anterior, se cumplirá por equivalencias.

Lo que en realidad debe Castro en ese evento, y teniendo en cuenta que nunca ha sido propietario de las casas, dado lo dicho, y que su obligación de pagar al Banco no pudo nacer por razón de la nulidad del título, se limita,

a) Si el precio del remate fue igual o inferior al valor de la deuda de Angel Olarte, a favor del Banco, Castro nada debe devolver, porque nada recibió;

b) Si el precio del remate fue mayor que lo debido al Banco, y Castro recibió esa diferencia, se la debe a Angel Olarte;

La obligación de devolver las casas que el fallo del Juez impone a Castro, debe pues entenderse subordinada a la consumación de cualquiera de los eventos anteriores. Y en todo caso, haya o no haya habido remate, debe devolver los frutos civiles que las casas debieron haberle producido mientras las tuvo materialmente en su poder y a partir de la contestación de la demanda.

Con esa aclaración y con esa modificación, se confirmará el fallo del Juez de primera instancia.

Por lo tanto la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el 27 de septiembre de 1933 en este litigio, en cuanto absolvió a Elías Angel y Olarte de la nulidad del contrato contenido en la escritura Nº 861, otorgada en la notaría 2ª de dicha ciudad el 7 de abril de 1931, y queda en firme dicho fallo en cuanto absolvió al citado Angel Olarte de los cargos pedidos subsidiariamente, y en su lugar confirma en todas sus partes el fallo proferido por el Juez de primera instancia, menos en cuanto a la fecha a partir de la cual ordenó que el demandante Pedro Castro E. pagara a Angel Olarte los frutos civiles que percibió de las dos casas mientras estuvieron en su poder, fecha que la Corte sustituye por la del 12 de julio de 1932.

Queda así modificado el fallo del Juzgado.

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

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel.—Pedro León Rincón, Srio. en pdad.

ACLARACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, 25 de julio de 1936.

(Magistrado ponente, doctor Antonio Rocha).

Para contestar el anterior memorial del apoderado de Elías Angel Olarte, la Corte tiene en cuenta:

1º—La nulidad pronunciada en la sentencia de 27 de marzo de 1936 obedeció al artículo 1521 del C. C.; hubo un objeto ilícito en la enajenación, al tenor del numeral 3º del referido artículo: Elías Angel Olarte, a sabiendas de que el inmueble estaba embargado por decreto judicial, lo vendió a quien, según los autos, ignoraba el embargo; y no obstó el conocimiento que tenía el vendedor Angel Olarte del registro del decreto de embargo para que declarase, como declaró en la cláusula 3ª de la escritura, que el objeto de la venta estaba exento de tal embargo.

II—Pronunciada la nulidad, la Corte le dio aplicación al artículo 1746 del C. C.: reguló los efectos de la nulidad entre las partes.

Teóricamente hay que considerar un acto nulo como si jamás hubiera existido: hay que volver a las partes "al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo", dice la primera parte del artículo 1746. Si el contrato no ha sido

ejecutado no hay dificultad ninguna en llevar a la práctica este ideal. Pero es claro que la aspiración teórica de que un acto nulo no puede producir ningún efecto, no es posible realizarla si el acto o contrato empezó a ejecutarse o si se ejecutó completamente. Si en todo o en parte fue ejecutado, no se puede suponer que no lo haya sido: la casa entregada produjo arrendamientos, causó impuestos; el servicio arrendado fue prestado; los aportes sociales fueron invertidos; el matrimonio se consumó, etc. Esos hechos son los llamados adquiridos; y el hecho adquirido así permanece.

En atención a lo dicho, el segundo inciso del artículo 1746 regula las consecuencias de los hechos cumplidos entre las partes en ejecución de un acto o contrato nulo durante el lapso comprendido entre la celebración de aquél y el pronunciamiento de la nulidad. "En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo" (el 1747).

Hay contratos, los llamados sucesivos, que deben regular, no una sola operación, sino las relaciones entre las partes y aun de éstas con terceros durante un tiempo más o menos largo, respecto de los cuales cabe pensar si, pronunciada la nulidad, los efectos de ésta se rigen (no obstante el fenómeno de la nulidad, y descartadas, desde luego, las cláusulas ilícitas), por el acto o contrato anulado, de modo que éste produzca ciertos efectos válidos, no se anula completamente, sino que en parte rige el pasado. Tal como, anulado un contrato de sociedad, las operaciones de liquidación de la sociedad de hecho en que degenera se cumplen al tenor de los estatutos, para no aumentar el desorden o trastorno de la anulación. No fue de ese género el contrato anulado.

Pero si éste es de los que tienen en mira o implican una sola operación, como el de venta al contado, entonces los actos cumplidos en razón de él, en el lapso que media entre la celebración y el pronunciamiento de nulidad, se liquidan siguiendo las reglas que sancionan el enriquecimiento sin causa a expensas de otro. Es evidente que el legislador colombiano consagra estas últimas normas en la segunda parte del artículo 1746 del C. C. para regular los efectos retroactivos de la nulidad pronunciada sobre un contrato de esa especie.

Esas reglas del enriquecimiento sin causa, que no son mecánicas, sino de equidad o equivalencia, fueron las que la Corte aplicó para regular entre los contratantes la retroacción de las cosas al estado anterior, como se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo: el vendedor ha de devolver al comprador el dinero contado que éste le entregó como parte del precio; la otra parte del precio no ha de ser devuelta, porque no fue materia entregada realmente, sino que se consideró por los contratantes que virtual o ficticiamente quedaba representada en el inmueble mismo objeto de la venta, en poder del comprador que recibía el inmueble, para que con este mayor valor atendiera al pago de una hipoteca. Esta cláusula no pudo producir ningún efecto en la práctica, porque su ejecución no era posible debido a que un vicio anterior al contrato, conocido por el vendedor e ignorado por el comprador, el embargo en que el inmueble se hallaba por la deuda preexistente, privó de él al comprador y lo llevó a otras manos mediante el remate por cuenta de la deuda que había dado lugar al embargo. En ese caso, el comprador no fue responsable de la pérdida de la especie o cosa vendida, obediente a causa anterior al contrato. Al mismo tiempo que decía el vendedor hacerle al comprador la tradición del inmueble y que afirmaba que con el valor venal de éste el comprador atendería al pago de la deuda hipotecaria que de antemano lo gravaba, le negaba en el contexto mismo de la escritura el embargo que soportaba, a causa del cual, y poco después, el comprador se vio privado de él. No es necesario repetir más la enunciación de la cuestión para concluir que, por más que literalmente se diga que el vendedor dejaba en manos del comprador el resto del precio para el pago de la deuda, mal podía contenerse éste en una especie afecta al embargo cuando el negocio. En realidad lo entregado por el vendedor fue la cosa menos el valor de la hipoteca y de los accesorios de la deuda. La restitución, en la forma ordenada, consulta la realidad.

El remate consumado durante el juicio de nulidad no fue uno de los hechos de la demanda, ni podía serlo, porque a la fecha del libelo ese hecho no era adquirido o cumplido, y por eso la Corte no lo tuvo en cuenta para desatar la acción principal; pero no podía fingir que lo ignoraban y no podía ignorarlo en cuanto ya se tratara de regular las restituciones mutuas; y lo tuvo en cuenta en la única forma que podía hacerlo: por vía

de hipótesis de una realización durante el juicio; para regular la equivalencia de las restituciones al tenor de las normas de equidad y que van envueltas en las del enriquecimiento sin causa que inspiran el artículo 1746 del Código Civil.

III—Toca el apoderado de Angel y Olarte la cuestión de si su mandante judicial ha de quedar privado por razón de esta sentencia de poder ejercitar posteriormente acciones de indemnización contra Castro. Claro está que no es posible a la Corte prejuzgar esa cuestión de si la parte que sufre la anulación demandada por la otra puede, por lo menos en ciertos casos, pedir luégo la indemnización de reparación por el perjuicio que le cause la anulación, cuestión de que se ocupa Ihering en su tesis referente a la teoría general de la culpa in contrahendo, es decir de la falta cometida con ocasión de la formación del contrato. Ni puede tampoco prejuzgar la Corte si durante el lapso en que se ejecutaba el contrato anulado en el fallo, fue culpa de Castro no haber tomado la diligencia requerida para evitar, no obstante lo dicho sobre el embargo, que el remate se consumara.

IV—La sentencia de primer grado, consentida por el comprador demandante, le ordena a éste, por razón de la nulidad pronunciada, devolver el inmueble y al vendedor demandado la suma que recibió de contado ($ 2.094.45). La Corte respetó esa posición procesal del primero al hacer la misma condenación. Sólo que la Corte explicó la manera como aquella condena—entrega de la casa—debe ejecutarse; y reguló las prestaciones por equivalencias, teniendo en cuenta que la devolución de la especie misma no fuera posible ya. Ella adiciona condicionalmente la sentencia de primera instancia. La Corte respetó esa posición procesal y de ahí el siguiente párrafo de la sentencia: "Como Castro no apeló de dicha sentencia del Juez, y ahora ante la Corte, después de fundar su recurso de casación, termina pidiendo la confirmación de aquélla, no puede modificarse en su favor la fecha a partir de la cual corren los intereses de la suma de dinero que ha de devolverle Angel Olarte". "En cuanto a la fecha inicial para que Castro pague los frutos civiles de las casas, también fijada por el Juez desde la ejecutoria de la sentencia, de la cual apeló Angel Olarte, ha de modificarse en el sentido de que esa fecha sea desde la contestación de la demanda, al tenor de la previsión del artículo 964 del C. C. para los poseedores de buena fe. Esa será una variación del fallo del Juez de primer grado. Pero como no hubo contestación a la demanda, esa fecha será la del auto de 12 de julio de 1932, en que se resolvió el incidente sobre el término vencido al efecto".

En cuanto a que la Corte consideró jurídicamente a Angel Olarte como poseedor de mala fe cuando el Juez de primera instancia estimó lo contrario, ello es conforme a derecho, dada la estipulación de la escritura tan distante de verdad o realidad de los hechos (el embargo negado). No obstante lo cual, la Corte se abstuvo de agravar en el hecho su posición económica, como se advierte de la simple lectura del párrafo del fallo que se acaba de transcribir.

V—El artículo 482 del C. J., que concede a las partes el recurso de pedir la aclaración de los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, entiende que ese recurso no debe confundirse con el de reposición, que por su índole tiende a obtener la revocación o reforma de una providencia. La aclaración no puede ir más allá del contenido de lo resuelto, sobre lo cual no puede volver el mismo Tribunal, so pretexto de una aclaración. Y el verdadero motivo de duda que exige el artículo 482 para que proceda la aclaración, debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que debe darse a la resolutiva. De no ser así, el recurso de aclaración se confundiría con el de reposición.

La Corte no ve a través del memorial a que se está refiriendo que en la sentencia acotada haya conceptos o frases que ofrezcan motivo de duda, y menos de verdadero motivo de duda. En realidad, lo que el memorial persigue es una reposición de la manera como se ordenaron las restituciones mutuas. Y a ello, en cuanto envuelva revocación o reforma de lo resuelto, no puede acceder, porque ni hay error, en concepto de la misma Corte, ni el recurso de aclaración sería medio apto para obtener su enmienda. Con todo ha entrado en explicaciones, con el deliberado intento de ampliar todavía más los conceptos de la parte motiva del fallo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no es el caso de aclarar la sentencia en cuestión.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la GACETA JUDICIAL.

(Firmados) Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, Srio. interino.

RECURSO DE HECHO

La sentencia que fija el monto de la indemnización en los juicios de expropiación y que prevé la entrega posterior al pago, con la cual se finaliza ese juicio especial, no está sujeta a casación por no estar enumerada por el artículo 519 del C. J. Solamente la sentencia proferida en el juicio ordinario de contradicción al avalúo es la que admite el recurso de casación, por haberse proferido en juicio contradictorio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Rocha)

El doctor Pedro José Arenas, en su calidad de abogado consultor del Ferrocarril Central del Norte, sección primera, recurre de hecho ante la Sala de Casación Civil de la Corte, para que se le conceda el recurso de casación que le negó el Tribunal Superior del distrito judicial de Bucaramanga contra la sentencia de fecha 18 de diciembre de 1935, por la cual dicho Tribunal confirmó la del Juez 4º del mismo circuito, que fija en $ 66,100.00 el monto de la indemnización que la Nación debe pagar a las sucesiones de José Antonio Navas y Mercedes Serrano v. de Navas y a otros, por la expropiación de un terreno para el servicio del mencionado ferrocarril.

Para negar la concesión del recurso de casación, el Tribunal adujo dos razones en los autos de 11 y 29 de febrero último:

a) En primer lugar, y principalmente, porque la sentencia que se desea traer a la Corte en vía de casación, no es dictada en juicio ordinario ni que haya asumido aún este carácter, ni es de las especiales que de manera taxativa señala el art. 519 del C. J., y

b) En segundo lugar, porque el recurrente no es parte, ni apoderado de la Nación en este juicio, sino apenas abogado consultor de una sección del ferrocarril, aunque consta que por resolución ejecutiva Nº 80, de 30 de octubre de 1933, el Presidente de la República dispuso "comisionar al señor abogado de la empresa del Ferrocarril Central del Norte, sección primera, para que en asocio del señor Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga represente a la Nación en las diligencias judiciales indicadas".

El recurrente de hecho nada arguye ante las razones que determinaron la negativa del Tribunal a concederle el recurso. Se limita a insistir en que el fallo a cuya casación aspira es violatorio de determinados preceptos legales, y a anotar que le parece anormal que la Corte no tenga intervención en asuntos de tanta monta como es el de expropiación.

La Corte considera:

a) La tramitación de las demandas de expropiación de predios destinados a la construcción de vías férreas constituye un juicio especial regulado por la ley 35 de 1915 y otras posteriores y que siguió rigiendo después del Código Judicial actual, que no se ocupa de esa cuestión y que deja a salvo las leyes sobre materias especiales. El trámite constitutivo del juicio especial da ocasión a que se dicte una sentencia que decreta la expropiación (art. 16, ley en cuestión), y a una providencia posterior de fijación del monto de la indemnización que deberá pagarse al propietario y demás damnificados (art. 20 ibídem); y hecho el respectivo pago, ya directamente, o por medio de la consignación en la forma legal, el mismo Juez hará la entrega al demandante de la faja o fajas sobre que versa la expropiación. Con la providencia que fije el monto de la indemnización y que provea la entrega posterior al pago, finaliza el juicio especial. Esa providencia, auto o sentencia, no está sujeta a casación, porque siendo de juicio especial no es de las enumeradas taxativamente por el art. 519 de la ley 105 de 1930, y así lo anota el Tribunal de Bucaramanga.

Hecho el avalúo de los bienes expropiados, el pago de la correspondiente indemnización y la entrega de los bienes, tanto el demandado o demandados, en su caso, como el Agente del Ministerio Público, en el suyo, quedan en el derecho de contradecir el avalúo por causa de error esencial o de dolo en la estimación de la cosa expropiada, contradicción que deberán hacer por medio de una demanda ordinaria promovida dentro de quince (15) días después de verificada la respectiva entrega, según expresamente lo dispone el art. 21 de la ley 35 de 1915. El art. 22 de esta ley califica, y subraya el concepto en su texto, de provisional el avalúo del juicio especial ante-

rior y, consecuente, prevé que si en el ordinario posterior se variare el monto en más o menos, tendrá el propietario, en el primer caso, acción ejecutiva contra la empresa o contratista constructor por la diferencia sentenciada a favor de aquél, y viceversa. Es esta sentencia, dictada en juicio ordinario, la que da lugar al recurso de casación, por ser dictada en juicio que adquirió tal carácter merced a la contradicción del avalúo. El presente juicio no ha asumido aún tal carácter, y así lo anota también el Tribunal para negar la concesión del recurso. Este solo fundamento basta para que la Corte tampoco lo admita.

b) Para definir lo relativo a la personería del abogado que ha planteado la cuestión de hecho, la Corte razona sobre los datos que alcanzan a verse en las piezas conducentes que acompañan a todo recurso de esa naturaleza.

Principió el juicio de expropiación, como tenía que ser, en virtud de demanda del Agente del Ministerio Público ante el correspondiente Juzgado de Circuito, y aparece actuando después en el juicio tanto el fiscal como el abogado consultor que nombró el gobierno, siendo la gestión judicial más notoria que hicieron en conjunto la apelación de la sentencia que decretó la expropiación. La Nación se hallaba pues directamente representada en el juicio por el mencionado Agente del Ministerio Público, según lo previsto en los arts. 159 y sts. del C. J. y al tenor del 268 ibídem no podían gestionar a la vez dos apoderados de una misma persona, aunque el particular actuara con poder constitutivo de mandato judicial.

Claro está que esa irregularidad consistente en exceso de representación no originaba nulidades si uno de ellos representaba bien, como era el caso del Fiscal, y si respecto del otro, a falta de poder conferido en la forma legal, se hallaba en el caso del ordinal 4º del Art. 150 del C. J., como parece.

Ahora, si el poder de donde el abogado consultor deriva su facultad de actuar era el simple contrato que el Gobierno debió celebrar con él en el caso previsto por los arts. 173 y 252 del C. J., con él adquirió la calidad de mandatario, pero no la del mandatario judicial que es una especie, y se constituye y prueba, dentro del juicio en que ha de actuar, por medio de un poder conferido en la forma solemne prevista por la ley procedimental. Y como el Tribunal, al negar la concesión del recurso, echa menos ese poder demostrativo del mandato judicial, y el recurso no aparece interpuesto por el Fiscal, es fundada también la segunda razón aducida por aquella entidad para negarse a concederlo.

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, niega su concesión.

Notifíquese, cópiese y publíquese en la Gaceta Judicial.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Pedro León Rincón, Secretario.



DEMANDA SOBRE RESOLUCION Y RESCICION DE UN CONTRATO

Adolece de error el dictamen pericial que debiendo darse sobre un conjunto, como una empresa, una fábrica, un todo en movimiento, recae sobre los elementos de esa empresa o fábrica por separado y no toma en consideración el conjunto. Para que sufra lesión enorme el comprador se necesita que el justo precio de la cosa comprada sea inferior a la mitad del precio que pagó por ella, conforme al art. 1947 del Código Civil. La causa de la fianza no tiene por qué ser un interés del fiador en el contrato principal ni, mucho menos, puede reclamarse como requisito para que esa garantía tenga causa el que el fiador sea parte en el contrato principal a que la caución accede. Por el contrario, el hecho de ser fiador lleva habitualmente a suponer que no es contratante principal. Sencillo y hasta obligado es establecer diferencia entre los dos aspectos de una persona que se obliga junto con otro solidariamente y como deudor principal, sin serlo, porque, en verdad lo que es es fiador: aspectos que son el que mira al acreedor y el que mira al efectivo o efectivos deudores principales. Cada uno ha de juzgarse a su luz propia. Para ante el acreedor, ese fiador no puede invocar esta calidad, siendo así que ante él se obliga, ata y presenta como deudor. Para ante el verdadero deudor o deudores, por el contrario, no sólo le es dado invocar su efectiva calidad, sino que ésta es la única admisible. Si, pues, ha pagado cual si fuese deudor, tendrá la consiguiente acción del fiador y así será como ha de proceder y obtener el reembolso respectivo. Hay analogía con el caso de los codeudores solidarios, cada uno de los cuales ante el acreedor y mientras la obligación está pendiente para con él, está expuesto al cobro del todo, sin poder esquivarlo por haber más obligados (art. 1571 C. C.); pero, cubierta por uno de ellos la obligación al acreedor, procede contra los deudores restantes ya sin acción solidaria, por más que le quede subrogado en sus derechos, sino contra cada cual por su cuota en la deuda, porque la ley no puede ser ciega ante la diferencia de dos épocas o situaciones tan distintas como lo son, entre sí, aquella en que la obligación está pendiente y se trata de su pago y aquella en que, ya hecho éste al acreedor, no se trata de ese pago mismo, sino de las resultas de él. En la determinación de éstas no se podría prescindir de un arreglo de cuentas, pues, antes bien, es indispensable como obligada guía la fijación de la cuota de cada cual en la deuda primitiva, a fin de que cada cual reembolse lo pagado por él y que nadie vaya a enriquecerse a expensa ajena. (Art. 1579 C. C.)

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

ANTECEDENTES

Por escritura pública Nº 432, otorgada en la Notaría de Girardot el 4 de junio de 1930, los señores Pedro A. Dª Luiz y Carlos A. Perdomo como compradores y Antonio José Escobar como vendedor, celebraron la compraventa allí detallada, y por libelo de 5 de junio de 1931, aquéllos y los señores Jesús M. Carvajal y Nicasio Perdomo, por medio de apoderado, demandaron en vía ordinaria al prenombrado vendedor, vecinos todos de Girardot, sobre resolución y rescisión por lesión enorme de esa compraventa y sobre otros puntos, ante el Juzgado 1º de aquel Circuito, quien decidió en primera instancia declarando la resolución con sus prestaciones consiguientes y negando las demás peticiones de la demanda. Ambas partes apelaron y el Tribunal Superior de Bogotá, revocando el fallo del Juzgado, declaró la rescisión con las prestaciones pertinentes y negó todo lo demás.

Recurrió en casación el demandado. Sustanciado el recurso, debe decidirse.

EL RECURSO

En la ordenación de los cargos a que obliga el Art. 537 del C. J., se considera ante todo el de violación del Art. 1947 del C. C. por indebida aplicación, por obra de errónea apreciación, en el hecho y en el derecho, del avalúo pericial de lo vendido.

A este error llega el Tribunal, según manifiesta el recurrente, por dos sendas o motivos, a saber: porque lo toma en consideración no debiendo hacerlo, desde luego que los peritos separan los varios elementos de lo vendido, en vez de reconocer que es un todo homogéneo y compacto, de suerte que no hacen un avalúo de aquello de que en verdad se trata; y porque el Tribunal, separando a su turno los varios elementos que forman el concepto pericial, no lo toma en su conjunto y lo desvirtúa en forma análoga a la que anota y censura sobre el proceder de los peritos.

Por medio del instrumento citado se solemnizó la compraventa de la fábrica de escobas que el vendedor tenía establecida en Girardot, con maquinaria propia, con sus elementos accesorios, entre ellos materias primas y materiales de labor, y edificio adecuado, sobre suelo propio, con sus terrenos anexos, por precio total de $ 14.000, así: $ 2.000 al contado; $ 6.960, 99 en la obligación hipotecaria allí detallada que asumieron los compradores, y $ 5.039 01 en un documento privado suscrito por ellos y el señor Nicasio Perdomo.

La prueba de cuya errónea apreciación acusa el recurrente se practicó en la segun-

da instancia, Cdno. 8º. Allí se lee (folios 3 y 6) la diligencia de 13 de octubre de 1933, el dictamen de los peritos principales (folios 7, 8 y 9) y (folios 11 y 12) el del tercero en discordia.

La apreciación del dictamen pericial fue errónea efectivamente, porque ni el Tribunal ni los peritos tomaron en consideración lo avaluable como un conjunto, como empresa, como fábrica, como un todo en movimiento, sino separadamente, a la manera equivocada que procedería quien, llamado a avaluar un reloj lo desmontara para estimar una a una sus ruedas y demás elementos.

Del tenor mismo de la escritura de compraventa y demás pertinentes piezas del juicio, inclusive y ante todo la demanda, se trasluce que lo contratado no fue simplemente un terreno con algunas edificaciones anexas y, como un mero accesorio más, una maquinaria para fabricar escobas, sino, por el contrario, una fábrica, como empresa en movimiento, y que lo accesorio fue todo lo demás, inclusive el inmueble en que ésta funcionaba.

Por otra parte, uno de los peritos principales conceptúa dando un precio total que es de $ 7.000, y en seguida, no ya para rendir su avalúo, sino para fundarlo, discrimina los varios sumandos de ese conjunto (folio 8º citado, frente). Y el perito tercero en discordia (folio 11 citado, vuelta), procediendo de modo igual, da el mismo avalúo total, en exacta coincidencia, pues, con aquel avaluador, aunque en la discriminación que añade él también, para fundar su dictámen, discrepe en alguno de los sumandos o elementos componentes que en su conjunto avalúa, repítese, en esa misma cifra ($ 7.000) que el principal a que acaba de aludirse.

Y el Art. 721 del C. J. ordena que se esté al avalúo dado uniformemente por dos peritos, lo que significa que, si esta disposición se obedece, debe el juzgador reconocer que lo contratado en la citada compraventa valía para la época de ésta esos siete mil pesos.

Y como el precio fue de catorce mil pesos y para que haya lesión cuya gravedad determine en la compraventa la calidad de rescindible se necesita que el precio justo sea inferior a la mitad del contratado, al tenor del Art. 1947 del C. C., se halla con toda claridad que, no estándose en el caso de esta disposición y habiéndola el Tribunal aplicado, consiguientemente la violó, como el recurrente afirma, al formular el cargo que se acoge y que se resume así: o se acepta como avalúo el antedicho concepto acorde para el conjunto, o se reputa que no hubo tal avalúo, por no haber los peritos procedido a formarlo sobre la base de tratarse de una empresa, sino en el equivocado concepto de tratarse de un inmueble de que ella fue simple accesorio. Si lo primero, hay avalúo pero no úno indicativo de lesión enorme, sino, por el contrario, de que no la hubo, puesto que el precio que arroja para la totalidad vendida no es inferior a la mitad del del contrato; y si lo segundo, no hay avalúo, por no poderse reputar tal úno rendido mediante una inaceptable separación, y, por lo mismo, no puede decretarse la rescisión demandada por faltar el elemento indispensable de juicio en esta clase de controversias.

Quiere esto decir que, si se desecha el peritazgo por virtud de la dispersión de elementos que debieron precisamente estimarse en su conjunto, falta en este proceso la base sine qua non en todo caso para poder conceptuar el juzgador que una compraventa adolece de lesión enorme; y que, si se acepta ese peritazgo, por indicar él un precio que no baja del límite señalado por la ley, no cabe conceptuar que hubo esa lesión. Uno y otro de esos dos caminos o soluciones, una y otra de las dos fases del dilema, imponen igual conclusión negativa, pues por una y otra se llega a que no está suministrada por la parte demandante esa base, ese término obligado, yá de comparación de precios, yá de discrepancia de ellos, sin el cual la declaración de rescisión es legalmente imposible.

Lo dicho hasta aquí basta para casar la sentencia recurrida por violatoria del Art. 1947 del C. C., aplicado indebidamente al caso del pleito.

SENTENCIA DE INSTANCIA

Para dictar la sentencia de instancia se considera:

En busca de claridad, conviene hacer una lista resumida de las diez y nueve peticiones de la demanda inicial de este pleito, marcadas con letras por el apoderado, a lo que se procede procurando conservar el nombre que da a cada acción de las que ejercita, así como el orden alfabético en que las plantea:

a) Nulidad (sic) de la referida compraventa, por haber sufrido los compradores lesión enorme;

b) Declaración de que el comprador puede desistir del contrato e insistir en él, con

las deducciones de la décima parte del precio de que habla la ley;

c) Que los compradores sólo están obligados a pagar el precio justo y, por tanto, carece el vendedor de acción para exigirles más;

d) Que, en consecuencia, es nulo, es nulo (sic) el documento de crédito personal citado;

e) Que el contenido de este documento es falso (sic), en lo atañedero al señor Nicasio Perdomo, por no haber comprado él nada al demandado;

f) Que el mismo señor Perdomo nada debe por razón de ese documento, en virtud de esa falsedad, así como de la nulidad de la compraventa de que proviene;

g) Que el mismo señor no es sino fiador y sólo ha de responder de esta calidad y en el evento de no declararse nula la compraventa;

h) Que ese documento es nulo por error de hecho, pues Nicasio Perdomo nada adeuda a quien aparece allí como acreedor suyo y lo único que quiso fue contraer una obligación accesoria, como es la fianza simple;

i) Que ese documento y la obligación resultante de él son nulos, porque Nicasio Perdomo sólo quiso suscribirlo como fiador simple y él no es deudor ni tuvo ánimo de obligarse como deudor solidario;

j) Que dicha compraventa debe declararse, en subsidio, resuelta, por no haber cumplido el vendedor la totalidad de sus obligaciones de tal;

k) Que el vendedor carece de derecho para exigir suma alguna por ese documento;

l) Que el vendedor debe restituír a los compradores cuanto de ellos ha recibido por virtud de esa compraventa, con intereses, perjuicios, seguros y gravámenes;

ll) Que el vendedor debe ser condenado a pagar a los actores en proporción al interés de éstos en el pleito, los perjuicios ocasionados;

m) Que se le condene a pagar las costas del mismo;

n) Que esa compraventa es nula, porque Carlos Arturo Perdomo incurrió en errores de hecho que vician su consentimiento, pues lo que quiso fue comprar la mitad proindiviso y obligarse por la mitad del precio, y resulta obligado solidariamente a todo el precio y comprando en esta forma cosas que así no fue su ánimo adquirir;

ñ) Que dicha escritura y compraventa son nulas porque el mismo Perdomo erró al suscribirla, como aparece, no deseando obligarse por el todo ni comprometer a don Nicasio como codeudor solidario;

o) Que esa compraventa es nula, y debe rescindirse porque el comprador D'Luiz carecía de derecho, de poder y de capacidad para adquirir para sí bienes algunos, porque sus actividades eran de propiedad exclusiva (sic) de D'Luiz & Compañía; de manera que la mitad que adquirió no fue para él sino para esta compañía e incurrió en error al comprar para sí y obligarse personalmente;

p) Que es nula esa compraventa, porque la personería que Pedro D'Luiz tenía de esa compañía lo facultaba para los negocios comerciales que eran objeto de ella y no para adquirir inmuebles o fábricas de escobas, etc.

q) Decreto de todo lo pertinente como consecuencias de las declaraciones pedidas y que favorezca a los actores, a fin de que ellos y el demandado conozcan su situación jurídica, todos se beneficien y se restablezca el orden de derecho.

Está resumida, guardando la fidelidad posible y aun trascribiendo en parte, la demanda inicial del presente juicio.

Venciendo la grave dificultad que el libelo opone a su cabal inteligencia por lo confuso, profuso y difuso de sus diez y nueve pedimentos, se encuentra que de esas súplicas las cardinales son: rescisión por lesión enorme y resolución por haber faltado el vendedor a su obligación de entregar.

ACCION RESOLUTORIA

De la resolución, para negarla hasta advertir que los compradores confiesan en posiciones (Cdno. 7º, folios 25 y 55) haber recibido materialmente lo comprado por ellos en el contrato que se acusa. Igual afirmación contiene el documento privado que se estudirá adelante. De otro lado, la escritura pública respectiva es, como se dijo, de 4 de junio de 1930, y en la primera copia notarial de ella, destinada a los compradores, que es la que obra en autos, se ve (Cdno. 1º, fol. 3º vuelto) que fue inscrita el 21 de los mismos en el libro de registro Nº 1º en Girardot, lugar de otorgamiento y, también, de ubicación del inmueble que en ella figura. Y a mayor abundamiento los testigos presenciales cuyas declaraciones se leen en el cuaderno 7º a folios 11 y 49, afirman aquella entrega material.

La acción resolutoria incoada se basa en falta del vendedor a sus obligaciones, cuyo cumplimiento se halla probado en el expediente. No hay, pues, lugar a decretarla.

ACCION RESCISORIA

Aunque lo dicho sobre rescisión al estudiarse en la presente sentencia lo relativo a casación basta para hacer ver cómo esa acción no puede prosperar. No está por demás añadir que a petición del demandado declararon en el curso de la primera instancia los dos testigos cuyo dicho obra en el cuaderno 3º, fols. 2 y 3, y que ambos a una afirman haber ofrecido al dueño de la citada empresa doce mil pesos, haciéndose cargo de la hipoteca y pagando cinco mil pesos al contado, y que el dueño señor Escobar no les aceptó esa propuesta por tener ya la de catorce mil pesos que vino a realizarse efectivamente entonces mismo al tenor de la escritura base de este juicio, la que a los declarantes se puso de presente en el acto de rendir su testimonio.

Se añade también que en la segunda instancia hizo venir el demandado al proceso copia notarial debidamente registrada y anotada, de la escritura Nº 627, otorgada el 21 de marzo de 1925 en la notaría 2ª de Bogotá, según la cual el Banco Hipotecario de Colombia aceptó en seguridad de una deuda de ocho mil pesos de principal en mutuo con interés el mismo inmueble, con su maquinaria, etc., determinado en el citado instrumento de la compraventa sobre la cual aquí se debate, obligación de amortización gradual que, por el saldo poco menor de siete mil pesos a que a la sazón estaba reducida, asumieron los compradores, según consta en la de compraventa como ya se dijo aquí.

En casación se formuló el cargo de violación de varias disposiciones del Código de Comercio singularmente citadas y comentadas al efecto por el recurrente, por cuanto el negocio de compraventa disentido en este pleito fue acto de comercio y por cuanto quienes lo celebraron son comerciantes, ya de suyo, ya para todos los efectos de esa operación mercantil, de donde deduce la imposibilidad legal de rescindirla por lesión enorme, al tenor de una de tales disposiciones (el art. 218).

Este cargo no se estudió en el presente fallo dentro de lo singularmente atañedero a ese recurso, en razón de lo que dispone el art. 537 del C. J. y de haberse hallado fundado el que allí se considera; pero no es ocioso en el presente capítulo anotar cómo se justifica el razonamiento que acaba de resumirse, a la luz de la escritura misma antedicha, la que en verdad solemniza un acto de comercio, siendo así que lo que constituyó la materia de esa compraventa fue la fábrica de escobas con sus respectivos elementos integrantes, entre ellos los bienes inmuebles en ella detallados.

No sobrará tampoco agregar, en relación con el mismo tema de la lesión enorme, que la línea de razonamiento adoptada por el Tribunal, en que dispersó tanto los elementos componentes de aquella empresa y compraventa, cuanto los conceptos parciales mismos, lo obligaba, siguiéndola en rigurosa lógica, a indagar ante todo si en el precio contratado figuraba singularmente el de tales inmuebles tomados separadamente, repítese, por el Tribunal. No cabiendo rescisión por lesión enorme respecto de los aludidos elementos restantes (ley 57 de 1887, art. 32), si el Tribunal hace aquella separación, para saber si hubo esa lesión le es preciso establecer ante todo en cuánto se vendieron los inmuebles. Y este dato brilla por su ausencia en el proceso. La escritura tántas veces citada hace ver, por el contrario, que el precio, como era lo natural puesto que se contrataba la empresa misma en su conjunto, se determinó globalmente, sin lugar siquiera a declarar cuánto correspondía en él a cada una de las partes que formaban ese conjunto.

Y por aquí se llega a otro grave reparo contra la acogida de esa acción. Por las razones expuestas al respecto, no se halla acertada la separación referida; y al propio tiempo se observa que al optarse por ella se tenía que dar contra el escollo consistente en la falta de ese punto de referencia, es decir, en la falta de determinación de lo que en los catorce mil pesos del contrato correspondiera a los inmuebles.

EL DOCUMENTO PRIVADO

Como ya se dijo, el precio fue de $ 14,000, así: los compradores dieron de contado $ 2,000 y asumieron la deuda a favor del Banco Hipotecario de Colombia ya citada por los $ 6,960.99 a que a la sazón ascendía, y por los restantes $ 5,039.01 otorgaron a favor del vendedor un documento privado de deber con la firma del señor Nicasio Perdomo, los tres como deudores principales y solidarios.

Esta estipulación sobre pago en la forma que acaba de decirse de la última partida de las tres en que se dividió el precio, consta en la escritura pública de compraventa, en la cual se hace mención expresa de que así se obligará el señor Nicasio Perdomo

junto con los compradores, y consta en el documento mismo, en el que a su turno se mencionan esa escritura y compraventa al expresar la causa o fuente de la obligación consignada en el mismo documento. Este figura en copia al folio 30 del cuaderno 2º. La escritura forma los folios 1 a 6 del cuaderno primero.

Los pedimentos de la demanda relativos al documento se encaminan a que se le tenga por falso y se le declare nulo, ya porque el señor Nicasio Perdomo nada recibió del señor Escobar, ya porque no fue parte en la compraventa, ya porque no tuvo—al decir del apoderado demandante—intención de obligarse, ya porque lo único que quiso fue respaldar a los verdaderos deudores como fiador simple.

La causa de la fianza no tiene por qué ser un interés del fiador en el contrato principal ni, mucho menos, puede reclamarse como requisito para que esa garantía tenga causa el que el fiador sea parte en el contrato principal a que la caución accede. Por el contrario, el hecho de ser fiador lleva habitualmente a suponer que no es contratante principal. El señor Escobar vendió en los términos en que lo hizo y adquirió los derechos correspondientes a lo que reza la escritura de venta y a lo que en su desarrollo reza el documento privado en referencia. Quienes lo suscribieron asumieron las concomitantes obligaciones. No es admisible que las eludan, sacrificando aquel derecho, mediante alegaciones como las a que acaba de aludirse. El señor Nicasio Perdomo es persona sui juris; nada acredita en el expediente que procediera a otorgar ese documento sin saber lo que hacía o por obra de algo que viciara su consentimiento. Verdad es que fue extraño a la compraventa y que, sin embargo suscribe el documento como deudor principal; pero esto en un fiador no es nada que implique simulación o ilicitud. Ley expresa lo autoriza: el art. 2384 del C. C., al hacer la lista de las condiciones necesarias para gozar del beneficio de excusión, dice: "2ª Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario".

Lícito y agible era al señor Nicasio Perdomo asumir la obligación de pagarle al señor Antonio J. Escobar los casi siete mil pesos que otras personas quedaban adeudándole a Escobar como parte del precio de una compraventa; y si aquel señor así procedió, concurriendo en tal forma a la realización de lo convenido por compradores y vendedor, nada se puede encontrar en ello que no sea honesto y legal, no habiendo mediado elementos que, como el dolo o la fuerza, en su caso, viciaran el consentimiento, sino habiéndose procedido en una forma en que la plena luz y el elemento a sabiendas no encuentran dentro del proceso nada que los haga tener por ausentes en la determinación de la voluntad de cuantas personas a ello concurrieron.

Sencillo y hasta obligado es establecer diferencia entre los dos aspectos de una persona que se obliga junto con otro solidariamente y como deudor principal, sin serlo porque, en verdad lo que es es fiador: aspectos que son el que mira al acreedor y el que mira al efectivo o efectivos deudores principales. Cada uno ha de juzgarse a su luz propia. Para ante el acreedor, ese fiador no puede invocar esta calidad, siendo así que ante él se obliga, ata y presenta como deudor. Para ante el verdadero deudor o deudores, por el contrario, no sólo le es dado invocar su efectiva calidad, sino que ésta es la única admisible. Si, pues, por ejemplo, ha pagado cual si fuese deudor, tendrá la consiguiente acción del fiador y así será como ha de proceder y obtener el reembolso respectivo. Hay analogía con el caso de los codeudores solidarios, cada uno de los cuales ante el acreedor y mientras la obligación está pendiente para con él, está expuesto al cobro del todo, sin poder esquivarlo por haber más obligados (C. C., art. 1571); pero, cubierta por uno de ellos la obligación al acreedor, procede contra los deudores restantes ya sin acción solidaria, por más que le quede subrogado en sus derechos, sino contra cada cual por su cuota en la deuda, porque la ley no puede ser ciega ante la diferencia de dos épocas o situaciones tan distintas como lo son, entre sí, aquélla en que la obligación está pendiente y se trata de su pago y aquella en que, ya hecho éste al acreedor, no se trata de ese pago mismo, sino de las resultas de él. En la determinación de éstas no se podría prescindir de un arreglo de cuentas, pues, antes bien, es indispensable como obligada guía la fijación de la cuota de cada cual en la deuda primitiva, a fin de que cada cual reembolse lo pagado por él y que nadie vaya a enriquecerse a expensa ajena (C. C., art. 1579).

Quien, a más de fiar, se presta a aparecer como deudor principal y se solidariza con éste, indudablemente agrava su situación con la dificultad de comprobar más tarde cuál fue su calidad efectiva; pero ello en nada infirma la respectiva estipulación para ante el acreedor ni puede tomarse como vicio del consentimiento. En el presen-

te caso esa dificultad no existe, porque los deudores desde el libelo inicial de este pleito han proclamado que don Nicasio Perdomo es su fiador.

ERROR

La demanda alega error como fuente de varias de las acciones que formula. Cuando en un juicio se invoca tal elemento, se parte del principio de que ha sido algo distinto lo que se ha querido o entendido o creído contratar. Por tanto, lo primero que ocurre es inquirir qué es ese algo distinto, y sólo después de hallarlo establecido, en su caso, es cuando procede estudiar si la discrepancia entre ello y lo contratado es determinante, ya por su calidad, ya por su magnitud, de vicio en el consentimiento.

En este pleito dice el abogado de los demandantes que hubo error de los compradores sobre el contrato mismo y sobre el modo de contratar y que lo hubo en ellos y en el fiador al obligarse uno y otros como se obligaron. Y acontece que todas las probanzas concurren a demostrar que la voluntad efectiva fue la de celebrar el contrato de compraventa que se celebró; que cada uno de los dos compradores tuvo el propósito de adquirir la mitad proindiviso de lo que los dos por igual entre sí y conjuntamente adquirieron a ese título de compraventa, que fue en el que pensaron y sobre cuya base obraron; y que lo deliberadamente convenido fue otorgar la obligación constante en el citado documento en la forma en que lo otorgaron. El haberse declarado los compradores atados con solidaridad como tales y también como deudores en las obligaciones referidas, es una manera de contratar que en nada infirma las realidades de que acaba de hablarse ni pone error en ninguna de ellas, como no lo pone tampoco en el respaldo dado por el señor Nicasio Perdomo mediante el citado pagaré, la circunstancia de haberse él colocado en pie de igualdad con los efectivos deudores.

Por otra parte éste y aquéllos, todos personas capaces, pudieron obligarse en la forma lícita y honesta en que tuvieron a bien hacerlo. No hay en el proceso prueba alguna que infirme lo que acaba de anotarse sobre su calidad de personas sui juris o sobre la circunstancia decisiva de que procedían a sabiendas, dándose de todo ello la plena cuenta que tiene que darse quien está en el goce de sus sentidos.

El señor D'Luyz era socio de la sociedad comercial colectiva D'Luyz y Compañía cuando se celebró el contrato controvertido en este pleito. De ahí pretende el abogado demandante deducir una curiosa incapacidad contractual, consistente en que ese señor no podía celebrar dicha compraventa ni adquirir para sí bien alguno, porque según las palabras del libelo, "sus actividades eran de propiedad exclusiva" de esa compañía. Tesis tan extraña que se rebate con su sola enunciación, se trae a cuento por ser lo único que explica que figure como demandante el señor Jesús M. Carvajal por ser socio de D'Luyz, en un juicio en que se debate sobre compraventa no contratada por él ni para él ni para la compañía y sobre un documento privado en que tampoco tuvo intervención ni se advierte que tenga responsabilidad, al menos que se le haya pretendido deducir dentro de este proceso.

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 dictada en este juicio por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá el veintiséis de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, y en su lugar, revocando la del Juzgado primero del circuito de Girardot, de veinte de abril de mil novecientos treinta y tres, absuelve al demandado de todos los cargos de la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso de casación.

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.

REIVINDICACION Y ACCION DE IMPUGNACION DE UN REMATE.—ACUMULACION DE ACCIONES.

Las exigencias de los arts. 205 y 737 del Código de Procedimiento Civil no fueron hechas con un criterio simplemente formal, porque ello significaría una absurda regresión a los primitivos tiempos del derecho enclaustrado en las fórmulas sacramentales. Como la demanda civil es el acto de quien, necesitado de protección jurídica, solicita una sentencia favorable a él, tales exigencias sólo tienen el sentido material que les comunica la finalidad misma de la demanda. Según el Código Judicial, es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Requisito esencial y común a todas las figuras de la acumulación, es el de que la sustanciación de las acciones sea susceptible de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial. La institución de la pluralidad de procesos, o sea de acciones, dentro de una unidad de procedimiento, esto es, de juicio, se configura de ocho maneras distintas, las cuales se dividen en dos grandes grupos: la acumulación objetiva y la acumulación subjetiva. Las acumulaciones objetiva y subjetiva pueden y suelen presentarse combinadas. Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) Personas; b) Título o causa de pedir o jurídica; c) Cosa, objeto o causa de hecho. Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada uno de los cuales se subdivide en tres especies. (Art. 398 del Código Judicial). La acción de dominio no surge por el simple hecho de la adquisición del derecho real, sino que brota de él solamente a causa de la conducta de una persona opuesta al contenido de ese derecho absoluto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta de marzo de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

En dos libelos sucesivos, del 9 y 5 de diciembre de 1925, el segundo de los cuales modifica en parte al primero, Julio Siefken, como mandatario de Clarence Alfred Rómer Price, Stella Lilian Winifred Fortune y Daisy Florence Ethelind Ashto, demandó a C. y R. Echeverría, Mora Hermanos, Efraím H. Juliao, Jorge Yidi, Elio Pacheco y Silvia Vásquez, en juicio ordinario de reivindicación de los dos solares contiguos, ubicados en Barranquilla e individualizados en el libelo como pertenecientes a los demandantes.

Los hechos relatados son, en resumen, los siguientes: 1º Por medio de la escritura Nº 89, otorgada el 11 de marzo de 1893, ante el notario 2º de Barranquilla, Agustín Brun compró a Alejandro Desmoineaux uno de los dos solares dichos; 2º Según consta en la escritura Nº 385, pasada el 21 de mayo de 1901, ante el notario 1º de aquella misma ciudad, Agustín Brun vendió a Henry S. Price aquel solar; 3º Aparece de la escritura Nº 71, otorgada el 27 de enero de 1902 ante el notario 1º de Barranquilla, que Henry S. Price compró a Guillermo Campbell el otro solar alindado en la demanda; 4º En el juicio de sucesión por causa de muerte de Vitalia Lemus de Price, expediente protocolizado el 14 de julio de 1913, en la notaría 2ª de Barranquilla, por medio de la escritura Nº 840, se adjudicó en común a los tres demandantes el derecho de dominio sobre ambos inmuebles; 5º Los demandados intentaron ocupar un globo de tierra dentro de los solares descritos, aprovechando la circunstancia de que los demandantes residían en el exterior. A fin de impedir esa tentativa de perturbación, Siefken entabló una querella policiva. El 30 de junio de 1925 el alcalde de Barranquilla manifestó que carecía de jurisdicción para conocer del asunto, porque, conforme a la ordenanza respectiva, los actos de perturbación empezaron a verificarse desde fecha anterior al plazo que ella indica para establecer la competencia; 6º Los demandantes cuentan treinta y dos años de posesión quieta y pacífica. Desde 1905 Francisco Niebles ha sido el cuidandero de la finca; 7º El 5 de diciembre de 1922, en el juicio ejecutivo seguido por Silvia Vásquez contra Antonio Díaz Moreno, ante el juzgado 2º municipal de Barranquilla, la ejecutante remató el lote de terreno cuyos linderos se dan en el libelo, lote que forma parte de la memorada finca. El juez 2º municipal certifica que en el expediente de ese juicio ejecutivo no aparece título alguno que acreditara al deudor Díaz More-

no como dueño del inmueble que le fue embargado y que se subastó: 8º Los documentos que los demandados presentaron en la alcaldía como títulos de propiedad, provienen del remate de una cosa ajena.

Como consecuencia de tales hechos, los demandantes suplican: a) Que ellos, como sucesores de Henry S. Price y Vitalia Lemus de Price, y no los demandados, son dueños de los solares, "en virtud de títulos traslaticios de dominio y aun por prescripción"; b) Que los demandados están obligados a entregar los lotes que ocupan, junto con el valor de los frutos naturales y civiles que los solares "han debido producir, administrados con mediana inteligencia desde la fecha en que intenté la demanda de perturbación ante la alcaldía municipal, hasta el día en que se verifique la entrega"; c) Que "carece de valor y no produce efecto legal alguno respecto de los demandantes" la referida diligencia de remate, "lo mismo que cualesquiera títulos provenientes" de ese acto.

En la contestación a la demanda, los reos negaron los hechos y desconocieron el derecho alegado por los demandantes.

La parte actora, con la demanda, presentó los documentos relacionados atrás.

Abierto el juicio a prueba, durante la primera instancia, los litigantes no adujeron ninguna. Sin embargo, el juzgado 2º del circuito de Barranquilla condenó a C. y R. Echeverría, Mora Hermanos, Efraím H. Julião y Jorge Yidi, a entregar la totalidad de los solares que se reivindican. Absolvió a Silvia Vásquez y Elio Pacheco de todos los cargos de la demanda, apoyándose en la circunstancia de que los demandados no acreditaron que el inmueble rematado por la Vásquez hacía parte de uno de los solares de este pleito.

De la sentencia de primer grado únicamente apelaron los demandados no absueltos.

Sentencia recurrida

El 13 de marzo de 1934, el tribunal superior de Barranquilla falló que los demandantes "en su carácter de herederos de la señora Vitalia Lemus de Price, son dueños legalmente, y no los demandados", de los bienes raíces descritos en la demanda, y que los demandados "no están obligados a entregar" esos inmuebles "por aparecer en el presente negocio que ellos no los poseen sino que poseen otros distintos".

Como considerandos de su fallo, el tribunal, entre otros, adujo el de que los demandantes no afirmaron como hecho de la demanda la continuidad de los solares; el de que las inspecciones oculares practicadas no constituyen suficiente prueba de que los lotes de los demandados son integrantes de tales solares, porque uno de éstos, con motivo de la absolución por el juzgado de Silvia Vásquez y Elio Pacheco, quedó descartado de la controversia, desde luego que los demandantes no apelaron de esa sentencia, y el área del otro solar, cuya forma es exagonal, es mayor que la suma de los lotes que poseen los demandados. Se ha formulado, pues, una petición indebida, ya que es imposible condenar a los reos a restituir el total de un cuadrilátero que no poseen.

Por último, agrega el tribunal, la demanda es inepta. Cada uno de los demandados posee su correspondiente parcela, determinada con precisión, por su cabida y linderos. La parte demandante no sólo ejercitó, al mismo tiempo en el libelo, la acción de reivindicación contra todos los demandados poseedores de parcelas singulares, sino que se abstuvo de individualizar cada una de éstas. Consideró a los reos como si fuesen coposeedores del conjunto de los solares, objeto de la acción incoada.

Fundamentos del recurso

El recurrente, como procurador de la parte actora, ataca la sentencia del tribunal por considerarla violatoria del art. 946 del Código Civil, a causa de haber incurrido el sentenciador en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas de inspecciones oculares practicadas durante la segunda instancia del juicio, y también porque declaró inepta la demanda e indebida la petición.

En el año de 1901, Price compró a Brun un solar de forma exagonal, y en el año de 1902 adquirió de Campbell el otro solar contiguo, cuya anexión dio a toda la finca la figura de un rectángulo.

La circunstancia de la continuidad de los dos solares "y su confusión en uno solo, se deducía tan clara y manifiestamente de los términos de la demanda y de los títulos con ella presentados, que ni remotamente pretendieron los demandados, en su contestación de la demanda, o en sus alegatos, hacer mención alguna o reparo en contra".

El error de hecho en que incurrió el tribunal consiste en haberse negado a reconocer la prueba de la inspección ocular practicada en la segunda instancia del juicio, basándose en su carencia de jurisdic-

ción (cosa juzgada por falta de apelación de la sentencia de primer grado por parte de los demandados), para conocer del derecho controvertido sobre el terreno que adquirió Silvia Vásquez, cuando precisamente la diligencia de inspección ocular era la prueba que establecía "con absoluta nitidez la identidad del terreno reclamado por los demandantes con el ocupado por los demandados".

Con su negativa a estimar el mérito de esa prueba de inspección ocular, incurrió el tribunal en error de derecho, porque prescindió de la circunstancia jurídica de que la posesión de los demandados provenía de haber adquirido de Silvia Vásquez los lotes que se reivindican. No reparó, pues, el tribunal en que "para poder los demandantes comprobar la identidad del inmueble reclamado y la usurpación de ese mismo inmueble por los demandados, les era preciso, en la segunda instancia, a los demandantes ascender, en la práctica de las pruebas a aquello encaminadas, hasta la fuente del origen del derecho que los demandados pretendían tener en el inmueble, esto es, hasta la usurpación y el título postizo de la señora Vásquez".

La cabida de lo adquirido por Silvia Vásquez en el juicio ejecutivo que ella siguió ante el juzgado municipal de Barranquilla contra Antonio Díaz Moreno, era casi igual a la de toda la finca que se reivindica. La Vásquez parceló y vendió la totalidad de ese terreno rematado y luégo volvió a adquirir un lote dentro de lo mismo antes vendido por ella. El tribunal, con el pretexto ya dicho de su falta de jurisdicción para conocer de parte de la sentencia de primer grado, se negó a considerar los dos solares como las porciones integrantes de un solo cuerpo, y por lo tanto se vio en el caso de desestimar el contenido de la inspección ocular, el cual no es otro que el de la superposición del rectángulo formado por los lotes de los poseedores al rectángulo formado por los dos solares de los demandantes. Los costados norte y sur de ambos rectángulos tienen una misma extensión; los costados oriental y occidental del rectángulo de los demandantes miden ciento cinco metros con cuarenta centímetros; estas mismas líneas en el de los demandados miden ochenta y cinco metros con cincuenta centímetros. De lo relatado en el libelo se infiere que el área no ocupada por los demandados continuaba poseyéndola la parte actora, lo cual no está contradicho por los términos mismos empleados en la súplica a la condena de restitución. Lo dicho demuestra el por qué de la sinrazón del tribunal al declarar que hubo petición indebida.

En cuanto al considerando de que la demanda es inepta, el tribunal interpretó mal la jurisprudencia de la Corte que reprodujo. En efecto, "cuando lo que se intenta reivindicar está ocupado por dos o más personas, cada una de las cuales posee por causas o títulos diferentes, no es procedente la acción de reivindicación, en una sola cuerda, contra todos los poseedores. Lo que quiere decir que donde aparezca que sobre la finca reclamada ejercen posesión dos o más personas, cada una de las cuales posea una porción determinada por linderos especiales, pero con un título o una causa común, es procedente la demanda de reivindicación por una sola cuerda, o a un mismo tiempo, contra todos los poseedores de la finca de cuya reivindicación se trata".

El origen o título de la posesión del terreno por parte de los demandados, es uno mismo: "las ventas directas o sucesivas del terreno adquirido por la señora Silvia Vásquez en el juicio ejecutivo que ella siguió contra el señor Antonio Díaz Moreno", o sea, el conjunto de todos los lotes enajenados por ella, inclusive el área que de lo mismo vendido por la Vásquez adquirió luégo ésta.

En este pleito, por lo tanto, no hay contradicción en la citada jurisprudencia de la Corte, porque conforme al criterio allí adoptado, "donde el vínculo de derecho es uno solo y uno mismo entre todos los poseedores de la cosa cuya reivindicación se intenta, natural y lógico es que sea una sola y misma la cuerda con que el demandante en juicio de reivindicación los llame a responder de la posesión.

Motivos

Las exigencias de los arts. 208 y 737 del Código de Procedimiento Civil, no fueron hechas con un criterio simplemente formal, porque ello significaría una absurda regresión a los primitivos tiempos romanos del derecho enclaustrado en las fórmulas sacramentales. Como la demanda civil es el acto de quien, necesitado de protección jurídica, solicita una sentencia favorable a él, tales exigencias sólo tienen el sentido material que les comunica la finalidad misma de la demanda. Si se considera que el derecho a la protección jurídica del Estado lo es en cuanto aquél no está sometido al arbitrio de éste, sino que se exige como cumplimiento de un deber suyo, aparece

entonces indispensable que el contenido de la demanda se regule conforme lo previnieron los citados artículos, para poder determinar, en cada caso, la obligación concreta del Estado, en su calidad de sujeto tanto del poder como del deber judicial.

Es, pues, indudable que el tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la demanda, al exigir que en ella se destacara, como uno de sus hechos, la circunstancia de la contigüidad de los solares para poderlos estimar como un solo cuerpo.

De la anotación que de los linderos de ambos solares se hizo en el libelo, aparece por sí misma la continuidad de ellos, con lo cual se determinó al respecto, en este punto, el contenido del derecho a la prestación judicial. La consecuencia de que la acción inhiere al derecho subjetivo, en el ordenamiento jurídico privado, hizo pensar erradamente al tribunal que aquélla se dirige contra el adversario en el juicio, y no exclusivamente contra el Estado, ignorando así ciertos principios y confundiendo algunos efectos del derecho procesal civil. El deber del Estado de comparecer al juicio y someterse a las providencias judiciales, estriba, no en el establecimiento de un ligámen con el actor, sino en la circunstancia de estar sujeto al poder judicial del Estado.

También incurrió en error de hecho el tribunal en la apreciación de la prueba de inspección ocular. En efecto, el resultado de esta diligencia fue el de la superposición del rectángulo formado por los dos solares de los demandantes al compuesto por la totalidad de los lotes de los demandados. El sentenciador desconoció el resultado de la diligencia con el objeto de poder prescindir del cuadrilátero de uno de los solares y no tener en cuenta sino el otro de forma exagonal, como consecuencia de un análisis expresamente contrario a la realidad de las cosas. Por último, el tribunal incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba de esa inspección ocular, porque desconoció su mérito. La absolución de Silvia Vásquez por el juzgado hace tránsito a la cosa juzgada sólo en lo referente al lote que ella actualmente posee. Para el valor jurídico de esa prueba de inspección ocular, es ajeno el efecto de la desestimación procesalmente definitiva hecha por el juzgado a la súplica de invalidez del remate que llevó a cabo Silvia Vásquez en el juicio ejecutivo contra Antonio Díaz Moreno. Esta última cuestión versa sobre un acto jurídico al cual no es inmanente la posesión, en tanto que la inspección ocular tenía por objeto demostrar, para efectos de la reivindicación, que los demandados poseían porciones de los solares de los demandantes.

A causa de lo dicho, el tribunal violó en su sentencia el art. 946 del Código Civil, invocado por el recurrente, porque reconoció a los demandantes su señorío en los solares, al mismo tiempo que quitó a los demandados de la obligación de restituír las parcelas de la finca que aparecen de autos poseídas por ellos.

Por las razones que se expondrán adelante, procede la casación del fallo recurrido.

Sentencia de instancia

Ante todo se procede a trazar un esquema del sistema de la acumulación, porque entre nosotros se ha venido aplicando ésta de manera casuista, sin sujeción a las directivas conceptuales del derecho procesal civil.

Según el Código Judicial, es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Requisito esencial y común a todas las figuras de la acumulación, es el de que la substanciación de las acciones sea susceptible de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial, y que los juicios que se hallen en una misma instancia, salvo lo previsto en el art. 400 de la obra citada.

La institución de la pluralidad de procesos, o sea de acciones, dentro de una unidad de procedimiento, esto es, de juicio, se configura de ocho maneras distintas, las cuales se dividen en dos grandes grupos: la acumulación objetiva y la acumulación subjetiva.

Existe acumulación objetiva: a) Cuando en una misma demanda se ejercitan varias acciones, al tenor del art. 209 del Código Judicial; b) Cuando se acumulan los autos, de acuerdo con lo prevenido en el ordinal 1º del art. 397 ibídem; c) En la reconvención, o sea cuando el demandado opone al demandante una acción contraria, en cabeza de aquél contra éste; por cuyo motivo la reconvención cabe en todos los juicios en donde haya traslado de la demanda, siempre que esa acción contraria tenga la condición ya dicha de poderse substanciar como principal.

La acumulación subjetiva tiene lugar: d) En el litisconsorcio; e) En la intervención principal, esto es, cuando el tercero incoa una acción contra las dos partes prin-

cipales, o sea actor y demandado primitivos. Por ejemplo, en las ocurrencias de los arts. 1021, 1062 y 1189, inciso final, del Código Judicial; f) En la intervención adhesiva, o sea cuando se presenta a intervenir en el juicio un tercero a quien pueda aprovechar o perjudicar la sentencia, bien coadyuvando o bien defendiendo la causa que le interesa. (Art. 233 ibídem); g) En la litisdenunciación, que es cuando se denuncia el pleito que se promueva o se le promueva. (Arts. 235 ss., ibídem); h) En la acumulación de autos, según el ordinal 2º del art. 397 del mismo Código..

Para los efectos de esta sentencia, se tiene en cuenta lo siguiente:

La acumulación objetiva de la letra a)—simple acumulación de acciones—puede revestir cuatro formas diferentes: 1ª Concurrente. El actor suplica, pura y simplemente, la estimación de dos o más acciones. Por ejemplo, el acreedor demanda a su deudor para el pago de dos obligaciones de dinero provenientes de sendos instrumentos negociables; 2ª Alternativa. Se ejercitan varias acciones con el fin de que solo una de ellas sea estimada. V. gr., el demandante intenta a la vez la impugnación de un acto jurídico por dolo (nulidad relativa), y por absoluta incapacidad de la persona que ejecutó el acto (nulidad absoluta); 3ª Sucesiva. La vida de una de las acciones ejercitadas está sujeta a la condición de que proceda la otra. Por ejemplo, se ejercitan al mismo tiempo las acciones de rescisión de un contrato de compraventa y la de reivindicación de esa cosa; 4ª Eventual o subordinada. Una de las acciones es propuesta solamente para el caso de que la otra sea desestimada. V. gr., el autor pide la resolución de un contrato, y en subsidio, suplica la condena del demandado al pago de su prestación contractual.

Son tres las formas de la acumulación subjetiva de la letra d): 1ª Litisconsorcio activo. Cuando es la parte actora la que se compone de dos o más personas; 2ª Litisconsorcio pasivo. Si solo la parte demandada se integra con dos o más personas; 3ª Litisconsorcio mixto. Cuando ambas partes están constituídas por una pluralidad de personas.

Las acumulaciones objetiva y subjetiva pueden y suelen presentarse combinadas. Y tal es el caso de este pleito.

Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) Personas; b) Título o causa de pedir o jurídica; c) Cosa, objeto o causa de hecho.

Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada uno de los cuales se subdivide en tres especies. (Art. 398 del Código Judicial).

Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y uno diverso. Las especies de éste son: 1ª Identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2ª Identidad de personas y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título; 3ª Diversidad de personas, identidad de fundamento real y jurídico.

El segundo género lo componen las causas que tienen dos elementos diversos y un elemento común. Sus especies son: 1ª Diversidad de causas de hecho y jurídica, identidad de personas; 2ª Identidad de causa jurídica, diversidad de personas y de cosas; 3ª Identidad de causa de hecho, diversidad de títulos y de personas.

Tomando la intención del libelo de demanda aisladamente, pudiera pensarse que la parte actora combinó la acumulación objetiva de la letra a) en su forma sucesiva, con la subjetiva de la letra d), en su forma mixta, por cuyo motivo la continencia de la causa vendría a ser la de la especie tercera del segundo género.

De acuerdo con tal hipótesis, la parte actora ejercitó contra Silvia Vásquez la acción de impugnación del remate que ésta hizo de una porción de los solares cuyo dominio pretenden los demandantes, y como consecuencia de tal acción de impugnación, para el caso subentendido de que ésta prosperase, se incoaron también, contra los demás demandados, las acciones de reivindicación encaminadas a obtener la entrega de esa cosa singular, cuya pluralidad actual no sería óbice a la nulidad primitiva del objeto, materia de la acción principal, porque esos otros demandados lo habrían sido solo en su calidad de sucesores a título singular, de Silvia Vásquez, como poseedores actuales, no comuneros pero sí conjuntos, de toda la cosa.

Esa hipótesis es, sin embargo, imposible de admitir en este pleito, porque la acción principal de impugnación no se entabló contra el ejecutado Díaz Moreno, quien formó el otro extremo de la relación del acto jurídico impugnado; y porque los fundamentos de hecho del libelo no son congruentes con los de la súplica de la demanda, puesto que en aquéllos no se expresan las circunstancias esenciales para el esta-

blecimiento de la conexión jurídica, de ser los actuales poseedores sucesores a título singular de Silvia Vásquez, poseer cada uno de ellos porciones determinadas del suelo rematado por ella, y todos ellos, la totalidad de ese suelo.

De lo dicho se infiere que en la demanda se combinó la acumulación objetiva de la letra a), en su forma concurrente, con la acumulación subjetiva de la letra d), en su forma mixta; combinación que no es procedente en este pleito porque falta el elemento esencial de la continencia de la causa. No se desconoce que ésta, en determinadas circunstancias, pueda darse también cuando tanto los fundamentos jurídicos como de hecho sean semejantes aun cuando no idénticos, pero siempre que, además, concurran a la vez otros factores, cuya naturaleza y número difieren en cada caso particular.

En este pleito todos los elementos constitutivos de la conexión de la causa son diversos. En efecto:

Las personas que componen la parte demandada no se hallan entre sí en estado de comunidad jurídica respecto del suelo poseído por ellas, y al contestar la demanda no aceptaron que se les considerara en una situación semejante a la de la comunidad.

No hay tampoco unidad en los fundamentos de hecho, o sea en la cosa, materia del litigio. Es propio de la naturaleza del suelo desnudo que para singularizar una porción de él, baste delimitarlo por medio de líneas ideales, sin necesidad de hacerlo de manera material o de reconocer su forma arcifinia. La circunstancia de que cada uno de los demandados sea poseedor independiente de una determinada sección de los solares, materia del pleito, es suficiente para considerar que jurídicamente existen tantas cosas singulares cuantas son aquellas parcelas. Respecto de los demandados, la superficie total de los solares no constituye una unidad económica, o sea una sola cosa, porque esa área fue susceptible de dividirse en varias partes, sin que una u otra de éstas se destruyera o se alterara en su esencia. Por consiguiente, sería desconocer la finalidad económica de la competencia, por razón de la cuantía, si se dejase a la exclusiva voluntad de la parte actora el poder de obligar a los demandados a comparecer en un juicio cuyo costo, en relación con el valor del derecho controvertido de cada uno de éstos, no mantenga el equilibrio económico buscado por el legislador como uno de los medios para la efectividad del derecho de las personas a la protección jurídica del Estado.

El título de la parte actora no es el mismo respecto de cada uno de los demandados. La acción de dominio no surge por el simple hecho de la adquisición del derecho real, sino que brota de él solamente a causa de la conducta de una persona opuesta al contenido de ese derecho absoluto. De ahí que la acción de reivindicación, tanto por su contenido como por su extensión, nunca sea idéntica, ni aun en mínima parte, al derecho de dominio de donde nace: por su contenido, en virtud de que la acción constriñe al poseedor al acto positivo de la entrega de la cosa, mientras que por la propiedad se adquiere el señorío sobre la cosa y una facultad de prohibición contra todos, la cual, desde el punto de vista pasivo, no se configura como una obligación típica de omisión; por su extensión, debido a que la acción únicamente se endereza contra el infractor del dominio, y en cambio, la propiedad se dirige erga omnes. El hecho de la posesión, causa de la acción de de reivindicación ejercitada por los demandantes es distinta, tanto especial como temporalmente, respecto de cada uno de los reos. Además, en la segunda instancia, demostraron éstos que las parcelas que ocupaban habían sido para cada uno de ellos objeto de derechos separados. No es de suyo una conducta contraria al contenido del derecho de dominio de los demandantes, para la procedencia de la acción de reivindicación, el remate que hizo Silvia Vásquez en el juicio ejecutivo contra Antonio Díaz Moreno. La parte actora no probó la posesión de aquélla en lo rematado, única circunstancia ésta conducente a crear el título para pedir. Aun en la hipótesis contraria a esto último, la continuidad de los demandados en la posesión de la Vásquez tampoco sería causa de pedir contra todos éstos en un mismo libelo, porque, según el art. 778 del Código Civil, el derecho de añadir la posesión propia a la de los antecesores pertenece al poseedor actual y no al reivindicante. Y en este pleito no fue destruída la presunción legal referente a que la posesión del sucesor principia en él, presunción que favorece a los demandados. Por último, no aparece probado, con el correspondiente cetrificado del registrador, el origen común de los títulos de adquisición de los reos, origen que alega el recurrente, y aun en este supuesto, ello podría haber sido causa para la acumulación en su figura de la litisdenunciación, pero no para la realizada en la demanda.

La falta en el Tribunal de un criterio científico referente a la institución de la acumulación, produjo el resultado de que éste, reconociendo como lo hizo inepta la demanda, procediera, sin embargo, a estimar las acciones incoadas.

De ahí la conclusión errada de la parte resolutiva de la sentencia, en donde a la vez se reconocen dos estados jurídicos incompatibles en relación con la misma cosa el del dominio de los demandantes y el de la posesión de los demandados.

De acuerdo con la técnica de la casación, habría sido suficiente para la Corte, dado que subsiste uno de los fundamentos del fallo recurrido, rectificar en el capítulo de los motivos la doctrina errónea del Tribunal y abstenerse de casar la sentencia. Sin embargo, ello no procede en este caso, a causa de que, como se repite, el sentenciador, en lugar simplemente de desestimar por inepta la demanda, declaró, contra la realidad, que los demandados poseen parcelas distintas a los solares que se reivindican.

Tales son las razones anunciadas al finalizar el capítulo anterior.

Como el Tribunal entró a resolver sobre el fondo del asunto, no obstante (se insiste en ello), carecer la demanda de los requisitos esenciales que se lo permitieran, la Corte respeta la declaración de dominio hecha a favor de los demandantes, cualquiera que pueda ser su efecto jurídico, ya que la parte demandada se conformó con esa declaración, no recurriendo, y el recurso que aquéllos interpusieron mal puede entenderse establecido en contra de su favorable posición procesal ya adquirida.

Igualmente respeta la Corte la situación procesal de Silvia Vásquez y Elio Pácheco porque no fue motivo de este recurso de casación cuando hace para el superior tránsito a la cosa juzgada la parte ejecutoriada de una sentencia del inferior.

Resolución

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa en parte la sentencia que el 13 de marzo de 1934 profirió el Tribunal Superior de Barranquilla, y en su lugar resuelve:

1º Declárase inepta la demanda en lo atinente a C. y R. Echeverría, Mora Hermanos, Efraím H. Juliao y Jorge Yidi, por cuanto que en ella se acumularon, subjetiva y objetivamente, de manera ilegal, varias acciones.

2º Revócase la sentencia del Juzgado 2º del circuito de Barranquilla, fechada el 15 de abril de 1931, en la parte en que condenó a C. y R. Echeverría, Mora Hermanos, Efraím H. Juliao y Jorge Yidi a restituir a los demandantes los dos solares que éstos individualizaron en su libelo.

3º Confírmase la sentencia del Tribunal en los puntos 1º, 3º y 4º de su parte resolutiva.

4º Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Tribunal de su origen.

Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha. — El Conjuez, **Manuel Ramírez Beltrán.** — **Pedro León Rincón**, Srio. en ppdad.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO

Las sentencias se dividen en condenatorias, declarativas o reconosnitivas; y en constitutivas o modificativas, según sea la naturaleza de las acciones incoadas, esto es, de acuerdo con el contenido de cada una de las súplicas de la demanda. La acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés jurídico actual en la pronta constatación judicial de su derecho, lo cual se realiza, generalmente, mediante la presencia simultánea de tres condiciones, a saber: a) Que la incertidumbre respecto de la situación jurídica del actor sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquélla; b) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor, y c) Que no sea factible entablar acciones distintas a la declarativa, debido a dificultades que se opongan a ello. De ahí que la acción de declaración sea considerada en el derecho procesal, por lo regular, como un recurso subsidiario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

El 19 de junio de 1929 Roberto Pulido Santamaría demandó en juicio ordinario, ante el Juzgado 6º civil del circuito de Bogotá, a la Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie, alegando lo siguiente:

El 15 de junio de 1928 el demandante celebró con la demandada el contrato cuyas condiciones constan en la carta dirigida por ésta a aquél, anexa a la demanda.

Pulido Santamaría se obligó a remover la tierra y la roca dura del trayecto comprendido entre los puntos kilométricos 103 a 106; a ejecutar los cortes y hacer la cubicación correspondiente, de acuerdo con los perfiles longitudinales y transversales que le diera la sociedad; a levantar los terraplenes necesarios, cubicándolos de acuerdo con los préstamos de tierra, y por último, a transportar ésta.

Por su parte, la sociedad se obligó a pagar el movimiento de tierra, con excepción de la roca dura, a razón de cincuenta y cinco centavos el metro cúbico, precio que comprendía su acarreo hasta trescientos metros de distancia. El precio del transporte a una distancia mayor de la indicada y el del metro cúbico por remoción de la roca dura, convinieron los contratantes determinarlo oportunamente. La sociedad prestaría también a Pulido Santamaría todo el material de decauville y carretillas necesarias y le permitiría, además, proveerse en los almacenes de ella de algunos elementos útiles para el trabajo, mediante el pago de su valor, en forma de compensación.

La sociedad entregaría a Pulido Santamaría, mensualmente, una relación provisional de los movimientos de tierra y roca ejecutados por éste.

El saldo que arrojara ese estado de cuenta, luégo de efectuar las compensaciones por suministro de material y de deducir el diez por ciento (10%), a título de garantía de la terminación de los trabajos, lo pagaría la sociedad después de los cinco días siguientes al de la presentación de la cuenta.

La sociedad no efectuó las situaciones mensuales, ni los pagos, ni suministró los elementos necesarios, de acuerdo con lo pactado.

Pulio Santamaría elevó los terraplenes en un 20% más sobre los perfiles de los planos dados por la sociedad, no obstante no haberse obligado a ello.

La sociedad causó con su incumplimiento perjuicios al demandante y, además, le impidió la terminación del trabajo, porque asumió por sí misma la continuación de las obras.

Como consecuencia de tales hechos, el demandante suplica se declare: 1º Que la sociedad incumplió el mencionado contrato; 2º Que como consecuencia del incumplimiento, debe ella pagar al demandante los perjuicios consiguientes, que se fijan en la cantidad de ocho mil pesos ($ 8,000.00), o en la que, por medio de peritos, se determine en juicio separado; y 3º "Que la misma empresa está obligada a pagarme dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al pleito, el valor de los trabajos ejecutados por mí y cuyo importe no haya sido satisfecho, más el valor de los excedentes en la

construcción de los terraplenes con el aumento del 20% sobre los niveles fijados en los planos. Sumas éstas que se fijarán igualmente en juicio aparte y por medio de avalúos periciales".

Sentencia recurrida

El 26 de julio de 1934, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó "la sentencia que tiene fecha 5 de julio de 1933, con la sola modificación de que el valor de los trabajos ejecutados por el demandante, se determinarán y regularán de conformidad con lo dispuesto en el art. 553 del Código Judicial".

La parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, confirmada por el superior, dice así: "La Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie está obligada a pagar al demandante Roberto Pulido Santamaría, el valor de los trabajos ejecutados por éste en cumplimiento del contrato base de la demanda, y cuyo importe no haya sido satisfecho, en la cantidad que sobre la base del mismo contrato y por medio de los elementos aprobatorios conducentes se determine en juicio separado. Absuélvese a la misma sociedad de las dos primeras peticiones de la demanda".

Para estimar la tercera de las súplicas de la demanda, el Tribunal acogió el siguiente considerando del Juzgado: "Como en la demanda se pide el reconocimiento de esa obligación en abstracto, para que en juicio separado se determine la cantidad objeto de ella, y es evidente que estando probado el contrato y ejecutadas algunas obras por el contratista Pulido Santamaría, la entidad demandada debe pagar el valor de los trabajos cuyo importe no haya sido satisfecho, el Juzgado estima que debe hacerse esta declaración en la sentencia, para que en juicio separado que determine sobre la base del contrato y por medio de todos los elementos probatorios conducentes, cuál sea la cantidad que la compañía demandada debe pagar al demandante por el valor de los trabajos ejecutados y cuyo importe no haya sido satisfecho".

Materia del recurso

Contra la sentencia solamente interpuso recurso de casación la sociedad demandada, por cuyo motivo no está sub judice sino lo referente a la declaración provocada por la tercera de las peticiones de la demanda.

Como de las causales alegadas por el recurrente, la Corte encuentra fundada una, se hace en seguida el resumen de sólo ésta.

El Tribunal aplicó fuera de lugar el art. 480 del Código Judicial, porque dispuso que tanto la regulación de los trabajos efectuados por el demandante como la liquidación definitiva de su valor, debía hacerse conforme a lo previsto en el art. 553 ibídem.

El sentenciador no está autorizado, según el citado artículo, para determinar el importe de una condena con posterioridad a su fallo, sino cuando versa "sobre prestaciones accesorias, tales como frutos, intereses, daños o perjuicios, pero nunca cuando la condena se refiere a lo que constituye un punto principal de la demanda".

Pulido Santamaría suplicó el pago, en la parte todavía insoluta, del valor de los trabajos estipulados que él realizó y el de los excedentes en la construcción de los terraplenes. Por tanto ese valor no es el de una prestación accesoria, sino que constituye el contenido principal de la obligación correlativa a la del demandante, proveniente del contrato bilateral. No obstante esto, el Tribunal dispuso que se fijara el importe de la condena en el momento de la ejecución de su sentencia, como si se tratara de una obligación accesoria.

Como el demandante no probó cuáles de sus prestaciones la sociedad dejó de pagarle y a cuánto ascendió ese crédito en cabeza de él, el Tribunal ha debido pronunciar absolución, sin enviar a las partes, como injurídicamente lo hizo, a ventilar la realidad de los trabajos no pagados que llevó a cabo el demandante y la efectividad de su valor.

"Por la manera como ha sido dictada la sentencia resulta que las partes se verían obligadas a suscitar en las diligencias sobre ejecución del fallo, una de las mismas cuestiones que han sido materia del juicio principal: la de si la sociedad debe o no al señor Pulido Santamaría una suma de dinero. Se desconoce así aquel sabio aforismo jurídico que los antiguos formulaban diciendo: non bis in idem".

Motivos

Las sentencias se dividen en condenatorias, declarativas o reconoscitivas; y constitutivas o modificativas; según sea la naturaleza de las acciones incoadas, esto es, de acuerdo con el contenido de cada una de las súplicas de la demanda.

Las sentencias de condena se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a

la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de la existencia del derecho que se reconoce o declara. (Por ejemplo, sentencias que estimen las acciones de los arts. 946, 1605, 1610, 1612, 2325, etc., del C. Civil; 480, 553, 831, 1103, 1111, etc., del C. Judicial).

La sentencia declarativa o reconoscitiva, cuyo ámbito de aplicación es bastante reducido, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante. Esta sentencia, pues, sólo constata, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior, como sea derecho. (Por ejemplo, arts. 76, 77, ss., 90, 92, 93, 95, 96, 346, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 407, 585, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 593, ss., 597, 601, 942, 1303, 2008, 2189, 2534, etc., del C. Civil, y en general, las acciones de reconocimiento, legitimidad o ilegitimidad de un documento público o privado, como también, por lo regular, las sentencias que desestiman una acción).

Lo común a esas dos clases de sentencias consiste en que ambas reflejan la situación jurídica tal como ella es. En cambio, las sentencias constitutivas o modificativas, no solamente declaran lo que es, sino que constituyen algo nuevo, porque introducen una estructura nueva en la situación jurídica presente. Estas sentencias no son susceptibles de condena, porque no la necesitan, ya que lo que se persigue queda concedido en la sentencia m i s m a. (Por ejemplo: arts. 140, ss., 216, ss., 247, ss., 312, ss., 335., ss., 339, ss., 868, inciso 1º, 6º, inciso 2º. 1405, 1740, 1741, 2124, ss. del Código Civil; 862, 1134, etc., del Código Judicial).

La anterior clasificación conceptual de los fallos, está implícitamente aceptada por nuestro derecho positivo en los arts. 471 y 472 del Código Judicial.

Si se tiene en cuenta que de un mismo derecho pueden brotar varias acciones, que la sentencia es siempre de la clase de la acción ejercitada, y que ésta se configura por la súplica de la demanda, aparece evidente que el actual fallo, en su parte recurrida, y según la clasificación hecha, es simplemente declarativo. Esto último lo corrobora suficientemente el considerando de la sentencia del Juzgado, transcrita en el capítulo segundo.

Por lo tanto el Tribunal, no sólo dio a su sentencia, al disponer la aplicación del art. 553 del Código Judicial un alcance extraño a la naturaleza de ella, sino que dedujo una consecuencia propia de los fallos de condena.

Es sabido que el derecho de obligación, en virtud de su definición misma, tiene una faz activa que se denomina crédito y un aspecto pasivo que se llama deuda. Por manera que en tratándose del reconocimiento de la existencia de un vínculo jurídico contractual, tanto de declarar que el acreedor tiene el poder para exigir de su deudor el acto o la omisión convenidos, como reconocer que el deudor tiene el deber, para con el acreedor, de hacer o de no hacer lo estipulado. En la sentencia que se analiza, simplemente se declara, conforme a la intención de la demanda, la existencia de un derecho de crédito, contemplado por el lado pasivo.

Es suficiente, para descartar la hipótesis de que la acción incoada por el demandante fue de condena, observar que la sentencia no es susceptible de ejecución, sin embargo de que la súplica estimada en ella por el Tribunal es congruente con los hechos pertinentes de la demanda. En la súplica se confiesa el pago por la sociedad de algunos de los trabajos que el actor realizó. En ninguno de los hechos concernientes a la petición anota el demandante cuáles fueron las prestaciones suyas, insolutas por parte de la sociedad, ni tampoco lo relativo a los precios no determinados en el contrato. Según el contenido mismo de éste y lo demostrado en el pleito, fue voluntad de los litigantes dejar para el momento oportuno la fijación de los precios de algunos de los trabajos que debía ejecutar el demandante, tales como el de la remoción de la roca dura, el acarreo de la tierra a más de trescientos metros de distancia, y, en general, el valor de todas aquellas obras distintas de las indicadas en los planos, o no previstas en ellos, pero que, queridas por la arrendataria, llevara a cabo Pulido Santamaría, dentro del marco de la convención.

Para una sentencia de condena, habría sido necesario, pues, que el contenido del libelo concretara todas esas cuestiones en forma de permitir a las partes debatirlas y probarlas. Ninguno de los referidos puntos fue materia del pleito, porque con la acción estimada se tendía a provocar una simple declaración abstracta sobre el deber para la sociedad de pagar aquellas de sus obligaciones contractuales, aún no solucionadas; declaración que en el fondo no es sino la de la consecuencia vinculante para ambas partes que tienen un negocio jurídi-

co celebrado dentro de los límites del amplio poder concedido por nuestro derecho vigente al acuerdo de voluntades, para producir los efectos jurídicos queridos.

Es notoria, por lo tánto, la imposibilidad jurídica del demandante para efectuar, como erróneamente lo pretendió el Tribunal, una simple liquidación motivada y especificada de trabajos cuya naturaleza, se repite, no ha sido materia de la actual controversia, y cuyos precios, excepto uno, tampoco se hallan determinados.

Ahora bien. La acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés jurídico actual en la pronta constatación judicial de su derecho, lo cual se realiza, generalmente, mediante la presencia simultánea de tres condiciones, a saber: a) Que la incertidumbre respecto de la situación jurídica del actor, sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquélla. Por ejemplo, el peligro de pérdida u oscurecimiento de la obligación. Por consiguiente, ante la sola circunstancia (que es la de este pleito), de que el interés económico o moral del demandante se halle simplemente amenazado, no se da tal condición; b) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor. Por ejemplo, puede pedirse el reconocimiento, frente al responsable, de la existencia de un derecho a indemnización de perjuicios con motivo de que un niño sufrió, a causa del atropello de un vehículo, la lesión de uno de sus órganos, dejando el ejercicio de la correspondiente acción de condena para cuando, por el desarrollo de la víctima, sea posible saber exactamente cuál fue su incapacidad para el trabajo; y c) Que no sea factible entablar acciones distintas a la declarativa, debido a dificultades que se opongan a ello. De ahí que la noción de declaración sea considerada en el derecho procesal, por lo regular, como un recurso subsidiario.

De lo dicho se infiere que el actor carece aquí del interés jurídico indispensable para obtener la declaración que suplica.

En efecto. El contrato, fuente del derecho de Pulido Santamaría, consta en la carta que él mantenía en su poder y que anexó a la demanda. De lo debatido en el pleito aparece que la sociedad no negó la existencia de la relación jurídica contractual ni la ejecución por parte del demandante de sus prestaciones, sino que afirmó habérselas pagado. Se ignora cuál sea la causa de la necesidad jurídica que tiene Pulio Santamaría para obtener el pronto reconocimiento en abstracto de su derecho contractual. Por último, de la índole del crédito en cabeza del demandante aparece que éste puede exigir de la deudora, en juicio ordinario, el pago de las obligaciones aún insolutas cuya existencia demuestre el actor, y como no se observan las dificultades que se podrían haber opuesto a ello, frente a la acción de condena, susceptible de ejercitarse por Pulido Santamaría, la de declaración queda excluída.

En consecuencia, procede la casación parcial del fallo, como violatorio del art. 480 del C. Judicial, que invoca el recurrente y por la causal que éste adujo.

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 parcialmente la sentencia que en este juicio ordinario profirió el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 26 de julio de 1934, y en su lugar resuelve:

1° Desestímase, por improcedente, la acción de reconocimiento que ejercitó Pulido Santamaría.

2° En consecuencia, no hay lugar a constatar, en el presente juicio, que la Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie está obligada a pagar al demandante, Roberto Pulido Santamaría, el valor de los trabajos ejecutados por éste en cumplimiento del contrato base de la demanda y cuyo importe no haya sido satisfecho.

3° Confírmase la sentencia pronunciada el 5 de junio de 1933 por el Juzgado 5° civil del circuito de Bogotá, en la parte en que dispone la absolución de la Societé National de Chemins de Fer en Colombie y revócase en lo demás que resuelve.

4° Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese 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 ppdad.

RECURSO DE HECHO

La prelación de créditos se decide, siempre que haya lugar a ello, tanto al finalizar el incidente de tercería en un juicio ejecutivo (art. 1067 C. J.), como en las causas de cesión de bienes o de concurso de acreedores. Pero de estos tres casos, únicamente se considera como dictado en juicio ordinario el fallo a que se refiere el art. 1081 ibidem. El ordinal 3.o del artículo 519 del mismo Código no abre la vía de la casación sino a las sentencias de prelación de créditos que en segunda instancia dicten los Tribunales Superiores en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, abril dieciocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del recurso de hecho

El Juzgado 3º civil del circuito de Bogotá, el 15 de septiembre de 1934, dictó sentencia de prelación de créditos y ordenó al mismo tiempo llevar adelante la ejecución, en el juicio ejecutivo seguido por el Banco de Bogotá contra María Toledo de Izquierdo y Antonio Izquierdo Toledo, al cual se acumuló, en forma de tercería, la demanda propuesta por la Corporación Colombiana de Crédito.

El mandamiento ejecutivo se libró el 6 de septiembre de 1933, y el 27 de octubre de ese mismo año se admitió la tercería.

El Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia del Juzgado el día 29 de noviembre de 1933. Contra esta providencia interpuso recurso de casación el mandatario de los ejecutados, recurso que no se le concedió, por cuyo motivo ha ocurrido de hecho a esta Sala la parte agraviada, a fin de que se revoque el correspondiente auto de denegación.

Según el recurrente de hecho, la sentencia del Tribunal Superior participa de la naturaleza de las pronunciadas en juicios que han asumido el carácter de ordinarios: "a) Porque es juicio ordinario la controversia y decisión legítima de una causa en que se procede con pleno conocimiento, para lo cual media un término probatorio, y se observan plena y totalmente las solemnidades prescritas por el derecho; b) Porque la intromisión de una tercería en un juicio ejecutivo, le quita a éste el carácter de juicio especial o sumario y lo hace asumir el carácter de ordinario; c) Porque la graduación de crédito, no se falla en juicio especial o sumario, sino en juicio que ha asumido el carácter de ordinario".

Motivos

De conformidad con el art. 734 del Código Judicial, es juicio ordinario el que se sigue de acuerdo con las ritualidades previstas en el título que encabeza ese artículo, bien porque la ley no haya dispuesto, para ventilar y decidir la controversia, otros trámites, o bien porque no autorice un procedimiento sumario.

Los juicios regidos por normas rituarias diferentes a las del ordinario, no asumen ni pueden asumir el carácter de éste, sino cuando así lo dispone expresamente la ley.

La introducción de una tercería en un juicio ejecutivo es un fenómeno de acumulación subjetiva de acciones, especialmente reglamentado en nuestro código procesal, fenómeno que no cambia la naturaleza del juicio ejecutivo, ni, por ende, la del fallo que procede.

La prelación de créditos se decide, siempre que haya lugar a ello, tanto al finalizar el incidente de tercería en un juicio ejecutivo (art. 1067 ibídem), como en las causas de cesión de bienes o de concurso de acreedores. Pero de estos tres casos, únicamente se considera como dictado en juicio ordinario, el fallo a que se refiere el art. 1081 del C. Judicial.

El ordinal 3º del art. 519 ibídem, no abre la vía de la casación sino a las sentencias de prelación de créditos que en segunda instancia dicen los Tribunales Superiores en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores.

De paso se observa que en el pleito del Banco de Bogotá y la tercerista Josefina Dávila de Sáenz contra Daniel Sáenz O., citado por el recurrente, no se encuentra la jurisprudencia de la Corte a que en su alegato él alude.

No existiendo, pues, disposición legal alguna que permita convertir en un momento dado una tercería de juicio ejecutivo en juicio ordinario, ni acusar, por medio del recurso de casación, sentencias de prela-

ción de créditos proferidas en el mencionado incidente de tercería, no es el caso de revocar el auto de 6 de marzo de 1935, en el cual el Tribunal Superior de Bogotá se niega a conceder a la parte ejecutada la interposición del recurso de casación.

Notifíquese. Hágase saber al inferior esta providencia, para los efectos del art. 514 del C. Judicial, e insértesela 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 ppdad.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

De los principios fundamentales del procedimiento civil, por ser generadores de sus normas pertinentes, el llamado de inmediación se aplica casi exclusivamente para la recepción de la prueba y se divide en dos postulados: el subjetivo o formal y el objetivo o material. La causa para que la Corte siempre haya considerado ineficaz la prueba pericial cuando se ha omitido poner el dictamen de los peritos en conocimiento de las partes, consiste en que con semejante proceder se desconoce por el juzgador el principio de inmediación en su sentido subjetivo o formal. El principio de la libre apreciación judicial de la prueba de cotejo lo consagra expresamente el art. 656 del C. J. Los arts. 702 y 704 del mismo son también no reflejo de aquel principio, el cual no se toma en el sentido de que la libertad dada al Juez para apreciar la prueba consista en el mero arbitrio de éste, sino que el patrón objetivo que vinculaba al funcionario en el antiguo derecho procesal, ha sido sustituído por el subjetivo que permite al Juez un margen de actuación encuadrado dentro de las nociones de la ciencia de la prueba, a fin de que él mismo forme su convencimiento. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del Juez, pero como la verdad que se busca es relativa, en las disposiciones transcritas, la ley no sujeta al Juez, como anticientíficamente lo hace en otras ocasiones, a determinadas pautas en la elaboración de su convencimiento. La Corte no puede en casación, sino en casos de manifiesto error, entrar a sustituir el juicio del Tribunal cuando, para la formación de su convencimiento respecto de la verdad de un hecho ha puesto en juego, en el análisis de la prueba, máximas de la experiencia, porque ellas están sujetas a variaciones de acuerdo con las peculiaridades económicas, raciales y de las costumbres de un lugar dado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, junio cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mújica)

Materia del pleito

Ante el Juzgado 2º del circuito de Anserma, Francisco González demandó a Roberto Hoyos para que se le condene al pago de tres mil pesos ($ 3,000.00), junto con sus intereses convencionales.

Como hechos expuso tres, a saber: 1º Que en el año de 1921 el demandante dio en préstamo al demandado mil quinientos pesos ($ 1,500.00) y le vendió a plazos, por mil quinientos pesos ($ 1,500.00), unas fanegadas de maíz y unos cerdos; 2º Que por motivos de posteriores desavenencias, Hoyos no pagó a González oportunamente, pero firmó más tarde un pagaré civil; 3º Que como Hoyos, cuando fue requerido para el reconocimiento de ese documento, negó la autenticidad de su firma y el contenido de aquél, el demandante ejercita la presente acción por falta de mérito ejecutivo en el pagaré.

Al contestar la demanda, Hoyos negó los hechos de ella y desconoció el derecho invocado por el actor.

Sentencia recurrida

En sentencia del 21 de noviembre de 1934, el Tribunal Superior de Manizales confirmó la de primera instancia, en la cual se absuelve al demandado de todos los cargos formulados en la demanda.

Funda su decisión el Tribunal en que el 13 de marzo de 1927, fecha del documento, Hoyos no se hallaba en el caserío o corre-

gimiento de San José, lugar en donde fue otorgado, según reza aquél. El Tribunal, con las declaraciones de Alfredo Botero, Francisco Torres, María Melo y Julio E. Marín, las cuales analiza, consideró probada la circunstancia de que el día dicho Hoyos estaba en su finca de Anacaro, en jurisdicción del municipio de Cartago. Para el Tribunal, los testimonios de Arroyave y Clavijo carecen de fe, porque ellos afirman que Hoyos salió de Cartago para San José a las cinco de la tarde el 13 de marzo y llegó a este corregimiento a las siete de la noche, lo cual es físicamente imposible, dado que entre los dos lugares media una distancia de diez (10) leguas, que se recorre por un camino de herradura en muy mal estado de conservación. Además, los testimonios de Arroyave y Clavijo están en contradicción al respecto con los de Angel y Francisco Grajales, que a su turno contradicen los de los testigos Alfredo Botero, Francisco Torres, María Melo y Julio E. Marín.

Para el Tribunal, el demandante, en las posiciones que absolvió, contraría la deposición de sus propios testigos, porque afirma que Hoyos partió en las horas de la mañana de Anacaro, llegó a San José a las siete de la noche y partió a las ocho más o menos de este lugar.

Tampoco encuentra el Tribunal que la confesión de González; respecto de la procedencia de la deuda que cobra, guarda armonía con lo declarado por los testigos que él mismo hizo comparecer en el pleito.

Esos testigos, que lo son Salazar y Giraldo, aseveran que el 18 de mayo de 1921 Roberto Hoyos compró a González en Belalcázar treinta cerdos, a razón de $ 30.00 y sesenta fanegas de maíz, a razón de $ 10,00, y que Hoyos acordó con González en venir a San José a otorgarle un pagaré civil por $ 3.000.00. Los mismos individuos ayudaron a González a medir el maíz y a entregar los cerdos, y convinieron con Hoyos en servirle de testigos de que éste quedaba a deber a González aquella suma; debido a lo cual apuntaron en sus carteras que éste había recibido de González $ 1,000 en libras esterlinas y $ 500,00 en billetes de cinco pesos.

Para el Tribunal esto es absolutamente inverosímil, pues los hombres no proceden así en sus negocios particulares y se comprende que esas notas se las hicieron escribir pocos días antes de rendir sus declaraciones, para quitarles la apariencia de inverosimilitud, ya que los citados testigos declararon once años después de ocurridos los hechos que delatan.

El Tribunal se apoya también, para ese concepto, en la circunstancia confesada en este pleito por González, de que éste en las excepciones que presentó en un juicio especial de venta de la cosa hipotecada que le siguió Hoyos con posterioridad al nacimiento de la obligación que aquí se controvierte, no hizo valer tal crédito, ni lo mencionó siquiera. Además, según Salazar y Giraldo, la deuda de $ 3,000.00 se contrajo ante ellos en Belalcázar el 18 de mayo de 1921, pero de acuerdo con lo confesado por González, el reconocimiento de tal crédito no tuvo lugar allí sino en la Cedalia, ante unos testigos que el acreedor colocó ocultamente para que oyeran la conversación.

Dice el pagaré que González pretende le otorgó Hoyos: "He convenido en firmar este documento para que González me pague también primero $ 2,500.00 que me debe de una escritura". Este es el móvil que el demandante atribuye a Hoyos para justificar el por qué de su penoso y precipitado viaje, a fin de firmar el documento, móvil que el Tribunal encuentra insuficiente e inaceptable, desde luego que en vez de ir personalmente, lo natural era que el deudor, desde su residencia, enviara el documento firmado. Además, el Tribunal no encuentra concebible que Hoyos hiciera semejante viaje a firmar un documento en donde se iba a dejar constancia de que pagaría a González $ 3,000.00 con la condición de que éste, previamente, le entregara $ 2,500.00 que estaban garantizados en una hipoteca.

El Tribunal resume sus considerandos en cinco puntos, que pueden sintetizarse así: 1º Hoyos negó haber firmado el documento que exhibe el actor; 2º Las declaraciones de los testigos que afirman haber visto firmar el pagaré, son sospechosas, porque esos mismos testigos los ha aducido el actor en otros juicios que ha llevado con Hoyos: 3º No es creíble la realización de los hechos relatados por los testigos que presentó el actor y lo que ellos declaran está rotundamente contradicho por otros testimonios de mayor credibilidad; 4º Los hechos aseverados por los testigos del demandante, no están acordes en ciertas circunstancias como las de tiempo y lugar, con lo que aquél confiesa en posiciones en relación con lo mismo; 5º El cotejo de la firma de Roberto Hoyos verificado por los peritos de la segunda instancia, dio un re-

sultado contrario al obtenido en la misma diligencia verificada en la primera instancia del juicio.

Materia del recurso

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal como violadora de ley substantiva, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

El Tribunal omitió poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial referente al cotejo de la firma de Hoyos verificado en la segunda instancia del juicio, en cumplimiento de un auto para mejor proveer, sin embargo de lo cual dio a esa diligencia el valor de plena prueba, para resolver que la firma del pagaré no fue puesta por el demandado.

Al mismo tiempo desestimó la diligencia de igual naturaleza practicada en la primera instancia del juicio con todas las formalidades legales.

El cotejo realizado ante el Tribunal no puede tener un mérito mayor que el verificado ante el Juez, porque en ambas diligencias los peritos adujeron más o menos las mismas razones y tenían más o menos los mismos conocimientos.

Ese error llevó al Tribunal a no tener en cuenta la prueba pericial de cotejo llevada a cabo durante la primera instancia del pleito, no obstante que su mérito mal puede considerársele neutralizado con el del segundo, desde luego que esta última diligencia carece de valor legal. Además, es error de derecho del Tribunal no haberle dado el valor que tiene de indicio vehemente a la prueba del primer cotejo.

El Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Arroyave, Cortés, Rendón, Clavijo, Manrique, Angel y Francisco Grajales. Estos testigos son desde luego más numerosos que los tres presentados al pleito por el demandado. Además, los primeros afirman que en la noche del 13 de marzo de 1927, Roberto Hoyos estuvo en San José con el fin de otorgar el documento, mientras que los de Hoyos sólo deponen en el sentido de que la noche de ese día, como la víspera y el día subsiguiente a aquél, Hoyos se hallaba en Anacaro.

De la circunstancia de ser imposible trasladarse a caballo de Anacaro a San José en tres horas, deduce el Tribunal que Hoyos no pudo haber estado en este lugar.

El manifiesto error de hecho cometido por el Tribunal al respecto, consiste en que los declarantes deponen sobre lo dicho a ellos por Hoyos en San José la noche del 13 de marzo, pero no sobre la veracidad de la jornada. La aseveración hecha por Hoyos a ellos bien pudo ser una mentira, lo cual no desvirtúa el hecho básico de la presencia de Hoyos en San José el 13 de marzo por la noche.

El Tribunal no apreció las declaraciones de los testigos instrumentales Cortés y Rendón, quienes presenciaron "cuando Roberto Hoyos estuvo en San José el 13 de marzo de 1927, por la noche, en el otorgamiento del documento que ellos firmaron como testigos".

Las deposiciones de Torres, Melo, Marín y Botero no hacen plena prueba en relación con determinados hechos, sino que apenas sirven para establecer el indicio de que Hoyos permaneció en Anacaro el día de la fecha del documento.

Tampoco existe la correlación deducida por el Tribunal entre el postulado y la conclusión en el examen de la posición 18ª que absolvió González. El hecho sobre el cual versa ésta no es personal de él, por cuyo motivo mal puede dársele un alcance de que carece, y tampoco se debe estimar en el sentido en que se hizo. González se limitó a aseverar que el viaje de Hoyos no se verificó propiamente de noche. Lo esencial, se repite, olvidado por el Tribunal, era la presencia de Hoyos el 13 de marzo en San José.

De autos no existe la prueba de que los testigos presentados por González suelen declarar habitualmente en juicios diversos. El Tribunal hizo esa gratuita aseveración para considerar sospechosos tales testigos.

El Tribunal no diferenció, para apreciar la prueba, las circunstancias distintas sobre las cuales deponen Salazar y Giraldo, de una parte, Grajales y Agudelo de otra, y todos ellos sobre una tercera. Los dos primeros presenciaron la venta que hizo el demandante a Hoyos de 30 cerdos y 60 fanegas de maíz, y los dos segundos oyeron la conversación de los interesados, según la cual el demandante dio en préstamo al demandado $ 1.500.00 en dos clases de monedas. Todos cuatro fueron advertidos, tanto por González como por Hoyos, de que éste quedaba debiendo a aquél $ 3.000.00. Tales circunstancias fueron apuntadas en sus carteras por esos testigos.

No se encuentra qué tiene de imposible e inverosímil el hecho de que los testigos hubieran tomado los correspondientes apuntes, con el objeto de referir su contenido once años después.

Para el Tribunal es sospechoso el que González, según lo confiesa en las posiciones 8ª, 9ª, 10ª, 11ª y 12ª, se hubiera abstenido de hacer alusión a los $ 3.000.00 de su crédito en los juicios que llevó con Hoyos con posterioridad al 18 de marzo de 1927.

Sin embargo, no hay por qué tener como sospechosa esa conducta. Hoyos y González se hallaban vinculados por un número plural de negocios pactados entre ambos.

Hoyos entabló contra González un juicio especial de venta de la casa hipotecada y éste promovió contra aquél un juicio de cuentas. El Tribunal se abstuvo de analizar la respuesta a la posición 17ª, en la cual González confiesa que en las excepciones propuestas por él en el juicio que le promovió Hoyos, no alegó el crédito que consta en el documento, materia del actual pleito, porque lo consideraba "asegurado desde el año de 1921, el 18 de mayo, con testigos".

Tal confesión, que es indivisible, explica satisfactoriamente lo que aconteció al respecto.

Ante la justicia González pretendió hacer valer sus créditos que creía en peligro, o carentes de comprobación suficiente. El crédito de $ 3.000.00 no lo mencionó González porque "en su ignorancia estimaba que con testigos se podía demostrar en cualquiera momento su existencia".

El Tribunal "hilvanó un tejido de suposiciones e hizo deducciones acomodaticias", porque no pesó "en todo su valor legal y jurídico la respuesta a la posición citada".

A consecuencia de los referidos errores de hecho y de derecho, violó el Tribunal los arts. 719, 723, 594, 656, 699, 697, 702, 595, 613, 609 y 670 del Código Judicial, y 1602, 1603, 1608, 1617 numeral 1º, 1849, 1928, 2221, 1551, 1857, 1864, 1929, 2488, 1761 inciso 2º del Código Civil.

MOTIVOS

De los principios fundamentales del procedimiento civil, por ser generadores de sus normas pertinentes, el llamado de inmediación se aplica casi exclusivamente para la recepción de la prueba y se divide en dos postulados: El subjetivo o formal y el objetivo o material.

El principio de la inmediación en su sentido subjetivo o formal, se refiere a las normas legales que regulan la asunción de la prueba, esto es, a las reglas conforme a las cuales el juez debe proceder en la práctica de aquellas.

El principo de la inmediación en el sentido objetivo o material, mira a los medios probatorios ya aducidos que el juez puede utilizar para considerar demostrado el hecho controvertido; o, en otras palabras, si la cuestión a probar es susceptible, para su comprobación, solamente de determinados medios de prueba; si es suficiente el empleo de ciertos medios de prueba cuando esa cuestión puede ser determinada por pruebas de otra naturaleza; si en la cuestión pertinente, siendo susceptible de esclarecerse por medio de pruebas directas, se pueden emplear pruebas de referencia; si es suficiente el indicio cuando el tema da margen a establecerse por otra clase de pruebas.

La causa para que la Corte siempre haya considerado ineficaz la prueba pericial cuando se ha omitido poner el dictamen de los peritos en conocimiento de las partes, consiste en que con semejante proceder se desconoce por el juzgador el principio de inmediación en su sentido subjetivo o formal.

Se da la anterior explicación debido a que la Corte nunca había expuesto la razón de ser del art. 719 del C. Judicial ni justificado satisfactoriamente su alcance.

Aun cuando el Tribunal aduce, para su decisión, que el cotejo en la segunda instancia de la firma de Hoyos diera un resultado negativo, tal considerando no es la única ni la principal base de aquella.

La sentencia confirma la del juez, quien desestimó el valor de la prueba de cotejo practicada ante él con resultado favorable a las pretensiones del demandante.

El principio de la libre apreciación judicial de la prueba de cotejo lo consagra expresamente el art. 656 del C. Judicial. Los arts. 702 y 704 de la misma obra son también reflejo de aquel principio, el cual no se toma en el sentido de que la libertad dada al juez para apreciar la prueba consiste en el mero arbitrio de éste, sino que el patrón objetivo que vinculaba al funcionario en el antiguo derecho procesal, ha sido sustituído por el subjetivo que permite al juez un margen de actuación encuadrado dentro de las nociones de la ciencia de la prueba, a fin de que él mismo forme su convencimiento.

El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, pero como la verdad que se busca es relativa, en las disposiciones transcritas, la ley no sujeta al juez, como anticientíficamente lo hace en otras ocasiones, a determinadas pautas en la elaboración de su convencimiento.

De ahí que, en casos como el que se estudia, tenga gran importancia para la apre-

ciación de la prueba el elemento conocido con el nombre de **máximas de la experiencia**. Esto es, el conjunto de los factores que utilizamos en nuestros juicios empíricos de la vida, el tráfico, la industria, o el arte.

La Corte no puede en casación, sino en casos de manifiesto error, entrar a sustituír el juicio del Tribunal, cuando, para la formación de su convencimiento respecto de la verdad de un hecho, ha puesto en juego, en el análisis de la prueba, máximas de la experiencia, porque ellas están sujetas a variaciones de acuerdo con las peculiaridades económicas, raciales y de las costumbres de un lugar dado.

En este pleito pertenece a las máximas de la experiencia del Tribunal lo referente a la apreciación de los testimonios de Salazar y Giraldo, en cuanto declaró inverosímiles las notas tomadas por ellos once años antes de sus deposiciones, notas que se refieren a la exigencia hecha a ellos por Hoyos y González de que atestiguaran la existencia de la deuda de $ 3.000.00 que aquél contrajo a favor de éste, tanto en cuanto a la fecha de la entrega del dinero como a la clase de moneda.

Es también máxima de la experiencia la apreciación de sospechosa que hizo el Tribunal de la pretensión actual de González, basándose en la falta de alegación de su crédito en las distintas controversias judiciales habidas entre los actuales litigantes con anterioridad a la fecha del documento. Aun cuando el Tribunal no tuvo en cuenta la posibilidad de que González se limitara en ese entonces a aducir los créditos de comprobación en su concepto insegura, es lo cierto que la Corte no puede considerar en casación, a causa de lo dicho, la ingenuidad que el recurrente atribuye a su mandante, la cual no es tampoco aceptable, debido a que González aparece de autos bastante avezado en pleitos. En este pleito obran las copias pertinentes de un juicio contra Roberto Quintero, similar al presente hasta en sus resultados, llevado a cabo por González. Estos antecedentes permiten presumir que el demandante debía conocer la prohibición legal relativa a la prueba de testigos para obligaciones mayores de quinientos pesos ($ 500.00).

Por último, es asimismo máxima de la experiencia la trivialidad que el Tribunal encuentra al móvil atribuído por el demandante a Hoyos para verificar un viaje tan penoso.

El Tribunal no hace depender la contradicción de los testigos Arroyave, Cortés, Rendón y Clavijo con lo declarado por Manrique, Angel y Francisco Grajales, de las palabras que el primer grupo de deponentes atribuye a Hoyos, en relación con su salida a las cinco de la tarde de Anacaro. Para el sentenciador la contradicción estriba, propiamente, en que a las siete de la noche Hoyos no podía estar a la vez en San José y cerca de Belalcázar, en viaje hacia aquel caserío.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que los testigos de González se limitaron a reproducir literalmente los interrogatorios presentados por éste, sí es palpable la contradicción hallada por el Tribunal entre lo aseverado por esos testigos y lo confesado en posiciones por el demandante, en cuanto a la hora de partida de Hoyos en el viaje de Anacaro a San José.

El factor simplemente mecánico del número de testigos (siete), que afirman la presencia de Hoyos en San José el 13 de marzo, afirmación contradicha por los tres testigos que deponen acerca de la permanencia del demandado ese día en Anacaro, no constituye error manifiesto a la luz del citado art. 702 del Código Judicial.

Al Tribunal corresponde apreciar libremente si el testimonio de un sujeto es sospechoso con motivo de que frecuentemente comparece a declarar en juicios diversos.

Ese hecho no se necesita probarlo, porque es de los que en derecho procesal se conocen con el nombre de hechos notorios oficiales. Se entienden por tales los conocidos con seguridad por todos los miembros del Tribunal, en virtud del carácter oficial de éstos. Los hechos notorios oficiales no deben confundirse con aquellos sobre los cuales el juzgador tiene un conocimiento privado, hechos que si no aparecen demostrados de autos no se pueden ni se deben tener en cuenta.

El Tribunal, respecto del hecho notorio oficial de que se viene hablando, solamente se limitó a indicar, como era su deber, una de las fuentes de donde dedujo su aseveración, fuente que aparece demostrada de autos.

Desde otro punto de vista, se haría nugatoria en la práctica esa disposición legal, (art. 670 del C. J.), si al litigante, que no tiene por qué saber la conducta de los testigos que presenta el adversario, correspondiera la carga de la prueba de un hecho que por su naturaleza es para el juzgador de notoriedad oficial.

En mérito de lo expuesto, la Corte considera que el Tribunal no violó ninguno de los artículos que cita el recurrente, como

resultado de errores de hecho y de derecho, en que el sentenciador no incurrió, dado que no aparecen manifiestos.

Resolución

En consecuencia, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que el 21 de noviembre de 1934 profirió en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Manizales.

Las costas son de cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha.—Liborio Escallón.— Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J. Juan Francisco Mújica.—Eduardo Zuleta Angel.—Pedro León Rincón, Srio, en ppd.

DEMANDA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y PARA LA DECLARACION DE VIGENCIA DE UNAS HIPOTECAS

El art. 2581 del C. C. está redactado, como tenía que serlo, tomando en cuenta el sentido formal y objetivo del título. La causal 2a. del artículo 520 del C. J. se refiere a las pretensiones que ambas partes deduzcan y no sólo a las del demandante. Es reiterada jurisprudencia la de que el criterio del Tribunal sentenciador debe prevalecer sobre el del recurrente, cuando, por medio de la interpretación de un contrato, se fijan y determinan las correspondientes obligaciones de las partes. Por lo tanto, el recurrente, para combatir una resolución de esa índole, debe apoyarse en errores manifiestos cometidos por el Tribunal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil. Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Juan Francisco Mujica).

Materia del pleito

El 10 de septiembre de 1928, ante el Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá, la sociedad Scriven Brothers & Co. Ltd., de Londres, demandó por la vía ordinaria a la sociedad colectiva de comercio F. Gómez O. & Cía., domiciliada en Bogotá y a Emilio Vélez R.

Cinco fueron las peticiones de la demanda, a saber: 1ª—Que se condene a F. Gómez O. & Cía. al pago de tres mil trescientas tres (3.303) libras esterlinas, seis (6) chelines, cuatro (4) peniques, junto con sus intereses, al seis por ciento (6%) anual, liquidados desde el 1° de enero de 1928. 2ª—Que se le condene igualmente al resarcimiento de los daños ocasionados a la actora por el incumplimiento del contrato que consta en la escritura N° 593, pasada el 22 de marzo de 1926 ante el Notario 1° de Bogotá. 3ª—Que se declaren vigentes las hipotecas que constan en la referida escritura, desde la fecha del otorgamiento de ellas y que las fincas gravadas deben responder de la cantidad debida por F. Gómez O. & Cía. 4ª—Que Scriven Brothers & Co. Ltd. aceptó tácitamente, el 30 de abril de 1926, el contrato contenido en la escritura prenombrada. 5ª—Que F. Gómez O. & Cía. puso fin a la aludida convención el 10 de agosto de 1927.

Los hechos fundamentales de la demanda fueron éstos: 1°—El 22 de marzo de 1926, F. Gómez O. & Cía. y Emilio Vélez R., por medio de apoderado, celebraron con José J. Gómez R. un contrato a favor de Scriven Brothers & Co. Ltd., de Londres, en virtud del cual la sociedad demandada se obligó a comprar cueros y otros artículos, prepararlos para la exportación y exportarlos por cuenta de la actora cuando así lo ordenara ella y ajustándose en un todo a sus instrucciones. Estas operaciones las realizaría F. Gómez O. & Cía. con fondos en mano obtenidos por medio del descuento de letras de cambio, giradas a 90 días vista, a cargo del demandante. Este contrato fue solemnizado por medio de la escritura N° 593, otorgada el día dicho ante el Notario 1° de Bogotá, y en ella los contratantes manifestaron que su acto jurídico lo realizaban de acuerdo con el art. 1506 del C. C. 2°—Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la demandada, Vélez se declaró fiador hi-

potecario de F. Gómez O. & Cía., y Moreno, con igual fin, también constituyó hipoteca sobre algunas fincas de su propiedad. 2º—En carta del 10 de abril de 1926, dirigida a F. Gómez O. & Cía., Scriven Brothers & Cº aceptó el referido contrato. 3º—En ejecución del negocio, F. Gómez O. & Cía. giró 24 letras de cambio a cargo de Scriven Brothers & Cº., las cuales fueron aceptadas por ésta y descontadas en el Banco de Londres y América del Sud, de Bogotá. 4º—Algunos cargamentos de café y cueros, que en virtud de órdenes cablegráficas de la actora, embarcó la sociedad demandada, fueron clasificados y vendidos en Londres por cuenta de los remitentes, a causa de que los frutos no se ajustaron, en cuanto a calidad y cantidad, a las oportunas instrucciones de Scriven Brothers & Cº. 5º—F. Gómez O. & Cía. dejó de dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo, a causa de lo cual quedó debiendo a la actora tres mil trescientas tres (3.303) libras esterlinas, seis (6) chelines, cuatro (4) peniques, según el saldo de la cuenta llevada a esa sociedad por la demandante y cortada el 31 de diciembre de 1927. 6º—F. Gómez O. & Cía. tampoco ha rendido cuenta de su gestión ni reintegrado el saldo a la actora. El incumplimiento por parte de la sociedad demandada ha ocasionado serios perjuicios a Scriven Brothers & Cº.

En la contestación a la demanda F. Gómez O. & Cía., alegó, entre otras excepciones, que su socio gestor, Francisco Gómez y Carlos Paredes, constituyeron una sociedad colectiva que giró bajo la razón social de F. Gómez & Cía., la cual celebró también con anterioridad al contrato, materia de este pleito, con J. J. Gómez R. otro en los mismos términos del acual y que la carta del 30 de abril de 1926 fue dirigida por Scriven Brothers & Cº a esta última sociedad, por cuyo motivo la sociedad actora no aceptó ni expresa ni tácitamente el contrato.

Emilio Vélez R. también alegó, para oponerse a la demanda, que las hipotecas no están vigentes, porque quienes otorgaron la escritura Nº 593, contentiva del contrato de estipulación para otro, cancelaron aquéllas por medio de la escritura Nº 2.338, otorgada en la Notaría 1ª de Bogotá el 1º de agosto de 1927, a causa de la falta de aceptación del contrato por parte de la sociedad actora.

Sentencia recurrida

El 25 de julio de 1934 el Tribunal Superior de Bogotá sentenció en el sentido de decidir que Scriven Brothers & Co. Ltd., de Londres aceptó de hecho el contrato que consta en la escritura Nº 593, desde el 5 de julio de 1926, a causa de lo cual el negocio jurídico celebrado es vinculante para los actuales litigantes; que F. Gómez O. & Cía., el 1º de agosto de 1927, puso fin, en uso de estipulación contractual, a la aludida convención; que la demandada debe de plazo vencido a Scriven Brothers & Cº Ltd., dos mil doscientas sesenta libras esterlinas, diez y ocho chelines y diez peniques, junto con sus intereses legales, a partir del 1º de enero de 1928; que por su falta de cumplimiento a las obligaciones contraídas, la sociedad demandada pagará a la actora los perjuicios justipreciados al ejecutar el fallo, y que las hipotecas constituídas por Eliécer Moreno y Emilio Vélez R., que constan en la escritura Nº 593 se hallan vigentes, a fin de que las fincas gravadas respondan por el pago del saldo dicho, a consecuencia de lo cual deben inscribirse tales hipotecas nuevamente en los respectivos libros de las correspondientes oficinas de registro.

Para fundar lo dispuesto en su fallo, el Tribunal consideró que Scriven Brothers & Cº, al aceptar, en su carácter de girada, las letras de cambio emitidas por F. Gómez O. & Cía. y que se descontaron en el Banco de Londres y América del Sud, aceptó tácitamente la estipulación hecha a su favor que consta en la escritura Nº 593, porque tal hecho constituye la provisión de fondos prevista en el contrato, hecho que tuvo lugar el 5 de junio, fecha de la aceptación de la primera letra de cambio.

Los mencionados giros se entiende que fueron expedidos en ejecución del negocio, puesto que, respecto de algunos de ellos, la demanda así lo confiesa, y, además, no aparece que mediaran otros negocios entre los litigantes.

Dadas esas condiciones, F. Gómez O. & Cía. y Emilio Vélez R., a partir del 5 de junio de 1926, perdieron el derecho de revocar el contrato por su sola voluntad.

Las letras de cambio giradas por F. Gómez O. & Cía. a cargo de Scriven Brothers & Cº Ltd., suman diez mil cuatrocientas cincuenta y nueve (10.459) libras esterlinas, diez (10) chelines, siete (7) peniques, y el valor de los cargamentos que la demandada despachó a la actora es de siete mil setecientas noventa y ocho (7.798) libras esterlinas, once (11) chelines, nueve (9) peniques.

La diferencia entre aquellas dos sumas es la cantidad que aún conserva en su poder F. Gómez O. & Cía., cantidad cuya fal-

ta de inversión en la forma estipulada constituye incumplimiento en las obligaciones contraídas.

La revocación "contenida en la escritura 2.338 de 1º de agosto de 1927, fue indebida, pues las partes que intervinieron carecían del derecho que dicen ejercitar y por lo mismo no puede surtir los efectos que le asigna la ley a la revocación válidamente cumplida".

Como el derecho derivado de la fianza hipotecaria aparece renunciado por quien no era titular de él, la cancelación de las hipotecas que se consumó mediante la inscripción en los libros respectivos "proviene de un acto indebido, ejecutado por quien no era titular del derecho respectivo", a consecuencia de lo cual "no es suficiente a libertar legalmente las fincas gravadas, y por tanto debe subsistir el gravamen en la forma constituído".

La declaración que se apoya en el considerando anterior, "procede contra Emilio Vélez, como dueño de parte de las fincas hipotecadas por haber intervenido en el contrato contenido en la escritura Nº 593, por medio de apoderado debidamente constituído y haber ratificado dicho contrato, según consta en la escritura Nº 86 del 26 de marzo de 1926 de la Notaría de Guaduas, haber intervenido en la revocación aludida, por medio del mismo apoderado, y haber adquirido por dación en pago las otras fincas hipotecadas, conforme a la escritura Nº 41 de 7 de julio de 1928, de la Notaría de Guaduas".

Para el Tribunal "no se encuentra una justificación a la constitución de dos sociedades que llevan la misma razón social, con la única diferencia de la agregación a la primera de la letra O, y que se dedican al mismo negocio y que luego ajustan convenios similares con la compañía demandante, habiendo actuado en todas estas operaciones Francisco Gómez O.; pero cualquiera que haya sido la finalidad perseguida, este litigio solamente se concreta a la compañía de F. Gómez C. & Cía".

Contenido del recurso de casación

Ambas personas demandadas interpusieron el recurso de casación. La Corte, en providencia del 24 de marzo de 1936, declaró en firme el fallo recurrido respecto de F. Gómez O. & Cía., por haber aceptado el desistimiento que del actual recurso hizo Eliécer Moreno, socio liquidador de ésta.

Emilio Vélez R. acusa la sentencia del Tribunal apoyado en las causales 1ª y 2ª del art. 520 del Código Judicial.

1º—El Tribunal violó el art. 2681 del C. C. por indebida aplicación e interpretación erróneas.

Consultando la seriedad e independencia de la institución del registro, la primera parte del art. 2681, preconiza el valor "absoluto, neto, inobjetable" que debe tener la cancelación de los registros hecha en la forma prevista en el Capítulo 8º del Título 43 del Libro 4º del C. C. De ahí la necesidad de una sentencia con tránsito a la cosa juzgada, en el sentido de que la cancelación carece de validez, para que pueda revivir el registro e inscripción inicial.

En este pleito ninguna de las súplicas de la demanda se encamina a obtener la nulidad de la cancelación de las hipotecas hecha por el Registrador de Instrumentos Públicos de Guaduas.

La prueba de tal cancelación fue aducida por la parte demandada, sin cuya iniciativa no habría habido en este pleito noticia alguna al respecto.

Es cierto que el Tribunal no decretó aquella nulidad, pero para poder decidir de manera favorable a la actora, subsumió el caso en el art. 2681 del C. C., echando mano de la hipótesis de las "consecuencias implícitas".

La presunción del derecho que crea el segundo miembro del citado artículo, no se presenta como una consecuencia implícita "sino expresa y lógica de un sentencia pronunciada en juicio ordinario, y en la cual se haya declarado la nulidad de la cancelación del título original".

El razonamiento empleado por el Tribunal para traer "con violencia" esa norma legal, "suspendida de los cabellos, sofocándola con una pinza de tela", es éste: "pues aun cuando el registro de dichas hipotecas se halla cancelado, y no se ha pedido expresamente la nulidad de tal cancelación, sin embargo, la presente solicitud lleva como consecuencia implícita dicha nulidad".

2º—La sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante. No obstante omitir la parte petitoria del libelo toda intención dirigida a obtener la nulidad de la cancelación de la hipoteca, el Tribunal, pretextando consecuencias implícitas, declaró tácitamente la nulidad, al disponer que se inscribieran nuevamente las hipotecas canceladas.

La presunción de derecho a que se refiere el art. 2681 del C. C., no se presenta sino en casos como el del ejemplo siguiente:

"Se demanda la reivindicación de un inmueble y la cancelación del título del actual poseedor. Probado el dominio, se decreta la restitución del inmueble y la cancelación del título del poseedor vencido. Si éste había cancelado hipotecas o censos o usufructos o servidumbres constituídas sobre el bien materia de la reinvindicación, los registros de aquellos actos o contratos se tienen por rehabilitados o revalidados consecuencialmente, aunque no hayan sido materia de la controversia".

Según el tenor de la demanda "no aparece pedido en ninguna de sus partes que se tenga o considere como no válida la cancelación hecha oportunamente, y que en consecuencia se decrete la nueva inscripción".

3º—En la sentencia se interpretó erróneamente el art. 1506 del C. C. En el contrato que consta en la escritura Nº 593, José J. Gómez R. citó expresamente tal artículo, lo cual, en un abogado de nota, no se concibe sino para precisar los efectos del pacto. Debe inferirse necesariamente que la aceptación del contrato por parte de Scriven Brothers & Cº debía ser expresa, porque, en el correspondiente instrumento público se dijo que las estipulaciones allí consignadas requerían para su validez la aceptación de la sociedad británica. De ahí que la aceptación "tenía que ser de la misma naturaleza de la condición impuesta por el estipulante por otro. Callada la condición, es decir, tácita la condición, el hecho condicionado puede ser tácito. Expresa la condición, el hecho correspondiente tiene que ser expreso".

Scriven Brothers & Cº. venía negociando, como aparece demostrado, con F. Gómez O. & Cía. En la carta del 30 de abril de 1926 se lee: "Tenemos curiosidad de saber qué significa la letra O que sigue a su firma. Su firma es F. Gómez, pero usted pone una O mayúscula después de ella; nosotros siempre queremos enterarnos, y usted se servirá decirnos lo que aquello significa".

La extrañeza de Scriven Brothers demuestra que los actos ejecutados por ésta no lo fueron, como lo afirma el Tribunal, en cumplimiento del contrato, y por consiguiente no tiene la significación de aceptación tácita, ya que el contrato a que éste pleito se refiere fue posterior y similar al celebrado por F. Gómez & Cía., con quien la actora venía entendiéndose para su ejecución. De esa carta, que no fue traducida al español, aparece Scriven Brothers informado, además, de que la aceptación del contrato debía ser expresa.

Quienes intervinieron en el otorgamiento de la escritura Nº 593, posteriormente revocaron su contenido, previa la constancia de que la demandante no aceptó expresamente el contrato, condición que los otorgantes habían señalado "para la validez de lo estipulado y de las garantías pactadas".

De autos aparece que a la vez Scriven Brothers negociaba con F. Gómez & Cía. y con F. Gómez O. & Cía., por cuyo motivo "no pueden involucrarse los actos de una y otra firma para presentárlos con la expresión y alcance con que lo hace el fallo acusado".

Motivos

El art. 2681 del C. C. está redactado, como tenía que serlo, tomando en cuenta preferentemente el sentido formal u objetivo del título.

Quienes intervinieron en el otorgamiento de la escritura Nº 593, a la luz del ordinal 2º del art. 2611, en relación con el 2676, podían formalmente cancelarla por medio de otro instrumento público, como en efecto lo hicieron.

Pero el Tribunal no debía limitarse a esa exégesis literal del Art. 2681 del C. C., descuidando el contenido material de derecho o subjetivo de un título, porque debe reflejarse necesariamente, como una modificación de la consecuencia de la simple cancelación formal de un registro, la carencia de poder jurídico declarada por el sentenciador en las personas que revocaron el acto de estipulación para otro, debido a que ellas ya no eran los sujetos del derecho hipotecario.

La cancelación del título verificada en el registro fue perfecta en su forma, por cuyo motivo el demandante no tenía acción directa para impugnarla.

Al declarar el Tribunal sin efecto la revocación del negocio jurídico contenido en el título original, es indudable que jurídicamente esa decisión equivale a haber decretado la nulidad de la cancelación de tal título, y, por consiguiente, se estaba en el caso de estimar declarada de derecho la nulidad de la cancelación de la hipoteca en el registro.

Pero aún en el supuesto de que lo dicho no fuera así, el considerando atacado por el recurrente no incide fatalmente sobre la parte resolutiva del fallo.

En efecto. El Tribunal declaró que las hipotecas constituídas por Emilio Vélez R. están vigentes, a fin de que las fincas gravadas respondan del saldo a cargo de la sociedad demandada, y como consecuencia de ello dispuso la nueva inscripción de las hipotecas en los respectivos libros de las correspondientes oficinas de registro.

Tanto la sociedad promitente como la sociedad beneficiaria estaban contractualmente autorizados para poner fin en cualquier momento al negocio jurídico. Este (el de terminación del contrato) fue el alcance que dio el Tribunal al acto contenido en la escritura Nº 2338, del 1º de agosto de 1927, referente a la revocación del primitivo título, en su sentido subjetivo o material. Por lo tanto la relación jurídica que a consecuencia de ello se extinguió para el futuro, surtió todos los efectos legales durante el lapso comprendido entre el 5 de junio de 1926 y la fecha anteriormente enunciada.

Como la hipoteca se pactó, en virtud de su carácter de contrato accesorio, para garantizar el cumplimiento de las prestaciones absolutas que contrajo la sociedad demandada, no se extinguía sino junto con la obligación principal. Dado que la solemnidad del registro forma parte de la esencia del contrato de hipoteca, según el art. 2435 del C. C., mal se podía decretar la vigencia del gravamen hipotecario sin ordenar su inscripción nuevamente en el registro, ya que de autos constaba su cancelación anterior.

2ª—Las mismas razones que militan para desestimar el cargo formulado contra la sentencia por quebrantamiento del art. 2681 del C. C., sirven para desechar la acusación basada en la falta de consonancia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandante.

Ante todo, la causal 2ª del art. 520 del C. J. se refiere a las pretensiones que ambas partes deduzcan, y no, como lo afirma el recurrente, sólo a las del demandante.

Emilio Vélez R. excepcionó en el sentido de la cancelación del gravamen hipotecario efectuada en el registro, y probó esta circunstancia.

La actora suplicó la declaración de que el contrato de estipulación para otro vinculó a las actuales partes, y como uno de los efectos consiguientes a la estimación de esa súplica pidió también que se decretara la vigencia de las hipotecas constituídas en el mismo instrumento público en donde consta el contrato principal. Luego el Tribunal, al acoger ambas intenciones de la demanda, desestimó la excepción del fiador hipotecario, pero como ésta versaba sobre un hecho cierto, no era el caso de su simple desestimación por falta de pruebas, sino el de privar de efectos jurídicos al hecho constitutivo de ella.

3º—La acusación hecha al fallo por interpretación errónea del art. 1506 del C. C., no es procedente en la técnica de la casación, dado que los motivos que al respecto alega el recurrente se refieren a errores de hecho, tanto en la interpretación del contrato como en la apreciación de ciertas pruebas. Por consiguiente, la violación del art. 1506 podía efectuarse solamente como consecuencia de aquellos errores de hecho.

Por lo demás, no aparece lo manifiesto del error de hecho en la circunstancia de que por haber tomado parte en el contrato como estipulante un abogado de nota y haberse dicho en aquél expresamente, luégo de citar el art. 1506 del C. C., que lo estipulado requería la aceptación de la sociedad beneficiaria, esa aceptación debía entenderse expresa y no de hecho o tácita, como lo estimó el Tribunal.

Es reiterada jurisprudencia la que el criterio del Tribunal sentenciador debe prevalecer sobre el del recurrente, cuando, por medio de la interpretación de un contrato, se fijan y determinan las correspondientes obligaciones de las partes, porque la decisión a este respecto pone fin a la controversia sobre el alcance, extensión y objeto del contrato, al precisar, que es lo que en el fondo sucede, la voluntad real, el designio y el propósito de los contratantes. Por lo tanto, el recurrente, para combatir una resolución de esa índole, debe apoyarse en errores manifiestos cometidos por el Tribunal.

No es procedente afirmar error manifiesto de apreciación en la carta que la actora dirigió el 30 de abril de 1926 a F. Gómez & Cía., ya que ese documento no fue tenido en cuenta por el Tribunal por falta de su traducción al castellano, y por no estar dirigida a F. Gómez O. & Cía.

Desde otro punto de vista, el Tribunal no partió de esa fecha para determinar el día de la aceptación del contrato por parte de Scriven Brothers & Cª Ltd., sino de la del 5 de junio, fecha de la aceptación y pago de la primera letra de cambio girada por F. Gómez O. & Cía. a cargo de aquélla de acuerdo con lo estipulado.

Como el recurrente únicamente se apoya en algunas de las pruebas para impugnar la decisión basada sobre el conjunto de todas ellas, este procedimiento no puede dar lúgar a casación.

El incumplimiento de sus prestaciones por parte de F. Gómez O. & Cía. no se neutraliza con el equívoco de la sociedad de F. Gómez & Cía., quien llevó a cabo con la actora negocios similares a los de la demandada. El Tribunal sólo tuvo en cuenta para condenar las letras giradas y descontadas por la demandada y los cargamentos de frutos del país

que ésta despachó. Los manejos oscuros, si los hubo, por parte del socio gestor de aquellas dos compañías, en manera alguna pueden afectar el derecho de Scriven Brothers & C° Ltd.

Resolución

La Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia que con fecha 25 de julio de 1934 pronunció en este juicio ordinario el Tribunal Superior de Bogotá.

Notifíquese, cópiese y publíquese. Insértese copia de esta providencia en la GACETA JUDICIAL.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. — El Conjuez, José Arturo Andrade.—Emilio Prieto Hernández, Srio. int.

RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Juzgado 2° del Circuito de Armenia en providencia de 22 de octubre de 1935 decidió "no hacer por ahora las declaraciones solicitadas sobre venta en pública subasta de una casa para repartir el producto entre los copartícipes, solicitada por el señor Luis Arango C." El Trbiunal Superior de Pereira confirmó esa providencia en la de 27 de marzo del presente año, contra la cual el señor Arango interpuso recurso de casación, que el Tribunal le negó en auto de 12 de mayo próximo pasado, por lo cual este señor ha recurrido de hecho contra tal negativa, a fin de que el recurso se le conceda.

La abstención del Juzgado y con él del Tribunal respecto de la orden de remate como medio de poner fin a la comunidad aludida, se debe, según se lee en sus respectivos fallos, a que a la demanda de Arango se opusieron los demandados, señoritas Laura y Teresa Mejía y señor Laureano Barrera, manifestando que el inmueble común sí admite división material sin menoscabo alguno, y a que, abierto el juicio divisorio a prueba, como establece para tal evento el artículo 1136 del C. J. ninguna se adujo que demostrara las afirmaciones del demandante determinantes de la venta por él solicitada como medio necesario a esa división.

Como salta desde luego a la vista, no se está en un juicio ordinario o que haya asumido carácter de tal. Apenas necesario advertir que la simple apertura a prueba no basta a convertir un juicio especial en juicio de aquella clase. Los divisorios—y tal es el de que se trata—se sustancian en la forma peculiar que para ellos establece aquel Código, el cual los agrupa en el Título XL y los discrimina en los varios capítulos de éste, con la consiguiente inequívoca diferencia de esotros, reglamentados por el mismo Código en los varios capítulos de su Título XVIII.

Por otra parte, no ocurre pensar en este juicio en concurso de acreedores y la sentencia de prelación que en ellos, en su caso, se dicta, ni que aquí verse sobre estudio civil; y dentro de lo que en realidad constituye la litis, que es una división material, bien se ve que no hay sentencia que apruebe una división efectuada, sino úna que niega la división misma en la forma en que se demandó.

Todo esto indica con suma claridad que no se está en ninguno de los casos en que una sentencia es acusable en casación, de conformidad con la enumeración taxativamente formulada por el artículo 519 del C. J.

Por donde se ve que el Tribunal procedió con entera legalidad al negar ese recurso en providencia a cuya enmienda o contradicción, en espera de obtenerlo, ha ocurrido el demandante al de hecho que, por lo dicho, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve: no es el caso de conceder el recurso de casación negado en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al que se oficiará noticiándolo de este fallo.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Archívese esta actuación.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Eduardo Zuleta Angel, Juan Francisco Mújica, Emilio Prieto Hernández, Secretario interino.

CARTAS DE PAGO Y LIBROS DE COMERCIO

Bien sabida es la importancia que los códigos reconocen a las cartas de pago. En documentos de esta índole descansan a menudo supuestos legales sobre algunos antecedentes de donde el legislador deduce determinadas consecuencias. Es decir, ciertas presunciones. Recuérdense, si no, los artículos 1628, 1653 y 2234 del código civil y 211 del código de comercio. En la imputación de pagos, en la subrogación y en otros fenómenos jurídicos desempeñan tales cartas un papel preponderante. Recuérdense, si no, los artículos 1654, 1668, 1669 y 2118 del código civil. El valor probatorio de los libros no es absoluto. Apenas respectivo. La ley admite pruebas especiales en asuntos mercantiles, por ellas razones. Ninguna de éstas milita para sostener el valor probatorio de los libros cuando su dueño no sea parte como actor o como reo. Sería peligroso generalizar esta prueba extendiéndola a negocios en que el dueño de los libros no sea litigante.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

— I —

El 30 de marzo de 1931, Henrique Isaacs D. presentó demanda contra Inés Marchesiello de Isaacs, para que en juicio ordinario se hicieran estas declaraciones:

Primera.—La demandada debe al demandante $ 6.188.64.

Segunda.—Sobre dicha cantidad debe los intereses corrientes o legales, como mejor proceda, desde las fechas en que recibió las distintas partidas o "desde el requerimiento que implica la presente demanda".

Tercera.—La demandada debe pagar las costas del juicio.

En subsidio pidió el actor que la reo fuese condenada a rendir cuentas por los dineros recibidos desde diciembre de 1923 hasta octubre de 1926.

— II —

La demandada sostiene que si ella firmó ocho recibos, por un total de $ 1.670.00, no dijo que debiera tal suma a Enrique. Afirma que éste le entregó cantidades de dinero pero no en su nombre sino por cuenta de Isaacs Hermanos en liquidación.

— III —

El juzgado de primera instancia declaró que la demandada debe al demandante $ 200.00, con sus intereses a la rata legal computados desde octubre 1929 hasta que efectúe el pago, y la absolvió de los demás cargos.

El tribunal de Bogotá reformó el fallo de primer grado en el sentido de condenar a la reo, como la condenó, a restituir al actor $ 1.340.00, con sus intereses legales, desde la fecha del libelo hasta el día del pago.

— IV —

Las pruebas han consistido en escrituras públicas, cartas, posiciones, testimonios, recibos, cuentas, inspección ocular y dictámenes periciales.

Se da en seguida noticia de los datos que arrojan tales pruebas.

ESCRITURAS PUBLICAS

Por escritura Nº 788, de 13 de julio de 1923, la sociedad de Isaacs Hermanos declaró ser deudora de Inés Marchesiello de Isaacs, por $ 30.000.00, procedentes del mayor valor de un crédito que le fue adjudicado en la sucesión de su esposo Efraín Isaacs. Este crédito fue liquidado hasta el 30 de junio anterior, y se dijo que devengaría intereses, pagaderos por mensualidades anticipadas, a la rata del 9% anual. Fijóse el plazo de dos años para el pago del capital. Intereses de mora al 12% anual.

Por escritura Nº 1520, de 11 de octubre de 1923, fue puesta en liquidación la sociedad de Isaacs Hermanos, y nombrado liquidador Henrique Isaacs. Se insertó una proposición en que se dispuso que el liquidador obraría de acuerdo con el comité de acreedores. Se hizo una reducción de intereses y se dijo que los correspondientes a la acreencia de Inés M. de Isaacs, del 4% anual, se pagarían por mensualidades vencidas.

Por escritura Nº 839, de 14 de noviembre de 1923, Henrique y Josué Isaacs D. constituyeron una nueva sociedad bajo la razón social de Isaacs Hermanos.

CARTAS

Por carta fechada el 31 de marzo de 1924, Henrique hace saber a Inés que le incluye un cheque por $ 250.00, y que de esta suma le abone a él $ 150.00 y a Isaacs Hermanos en liquidación $ 100.00.

Por carta fechada el 1º de septiembre de 1926, Inés se dirige a Henrique para decirle que lo molesta "a ver si puede facilitarme por este mes, doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) y en caso que el señor Ramírez me mande algo en este mes se los devolveré inmediatamente".

Por carta fechada el 26 de enero de 1929, dice Inés a Henrique: "Siento mucho no poderle dar a usted los dos mil pesos; porque esa suma la dí a interés sobre muy buena hipoteca y por un plazo largo; porque usted sabrá también por Paz que no he podido arreglar nada sobre "Guarinocito"..... Así es que hasta que no quede arreglado lo de "Guarinocito", no podemos arreglar los dos".

Por carta fechada el 4 de febrero de 1929, dice Inés a la esposa de Henrique: "No se imagina la tristeza que me ha dado al recibir en menos de ocho días dos cartas de cobro, la una de Henrique y ahora la suya, que naturalmente también es mandada por Henrique. Yo creí que a mí me tendrían las mismas consideraciones que yo les tuve a ellos.... Si ellos me hubieran dado esos veinticinco mil pesos ($ 25.000.00), cuando murió Samuel que fue a los dos años cinco meses de muerto Efraím, no hubiera quedado yo en la situación que quedé y no le estaría debiendo a Henrique. No es que yo no piense pagarle....."

Por carta fechada el 12 de julio de 1929, dice Inés a Henrique: "..... ojalá hubiera hecho yo lo que usted está haciendo ahora de cobrarme cada rato, porque así no hubiera quedado en la situación que quedé".

POSICIONES

El 19 de noviembre de 1930 absolvió posiciones Inés, a solicitud de Henrique. Reconoce haber recibido de éste varias cantidades de dinero por cuenta de Isaacs Hermanos y de esta misma sociedad en liquidación. Dice que el peticionario no se las dio en préstamo, sino como representante y liquidador de dicha sociedad, que le adeuda mayor suma. Reconoce que en carta manifestó no poder pagarle hasta que arreglara el asunto de "Guarinocito", pero explica que esa manifestación la hizo a dicho señor como representante y liquidador de Isaacs Hermanos.

TESTIGOS

Luis Soto.—Declara haber entregado a Inés $ 790.00, en varias partidas, que su casa de Luis Soto & Cº cargó a Isaacs Hermanos. Añade que su casa hizo otros pagos a la misma señora, no mencionados en el interrogatorio, que también fueron al débito de Isaacs Hermanos.

Eduardo Rincón.—(Primera declaración). Como contador-corresponsal de Isaacs Hermanos, le consta que figuraba un crédito a favor de Inés; que aquella sociedad entregaba mensualmente a esta señora al rededor de $ 250.00, como intereses; que el comité de liquidación dio a la acreedora, a buena cuenta de lo que se le debía, un crédito hipotecario sobre la finca de "La Ceiba", y últimamente, para cancelarle el resto del crédito, la de "Guarinocito"; que Henrique dio a Inés, de su peculio particular, a título de préstamo, una suma mayor de $ 5.000.00 en el transcurso de dos o tres años, sin que pueda precisar en cuál; que el liquidador Henrique únicamente hacía los pagos que el comité aprobaba, pues aquél no hizo ni podía hacer pagos que así no fueran aprobados.

Eduardo Rincón.—(Segunda declaración). Dice constarle que Henrique dio particularmente en préstamo a Inés, de diciembre de 1923 a octubre de 1926, la suma $ 6.175.00, que la destinataria recibió en diferentes partidas. No las vio entregar personalmente, pero en los años expresados dice el testigo que en Girardot representaba a Henrique en sus negocios "y llevaba la contabilidad de ellos y por consiguiente estaba enterado de las entregas de dinero que se le hacían por cuenta de don Henrique a la señora Inés Marchesiello de Isaacs". Contestando a repreguntas dijo: que los cheques y las cartas se dirigían por cuenta de Henrique, en cuanto se refieren a la cuenta que figura en el despacho, pues esas partidas no se le remitieron a Inés por cuenta de Isaacs Hermanos en liquidación; que los pagos no se hicieron por cuenta de esta sociedad sino por cuenta de Henrique; que estos pagos tienen relación con la nueva sociedad Isaacs Hermanos, que era una sola entidad con los negocios de Henrique; que cuando rindió su primera declaración no pudo precisar la suma prestada porque no tuvo a la vista los libros de contabilidad, y que ahora sí.

Escipión Díaz.—Cuenta que a raíz de la quiebra de Isaacs Hermanos, le oyó decir varias veces a Inés, llorando, estas palabras: "Gracias a Enriquito (refiriéndose a Henrique Isaacs), no me he muerto de hambre,

porque todos los meses me manda de su plata a pesar de haber quedado también en muy malas circunstancias".

Antenor Rodríguez.—Dice que del 3 de septiembre de 1924 al 6 de octubre de 1926 vendió nueve cheques a Henrique, en favor de Inés, por un valor total de $ 1.510.00.

Juan Samper Sordo.—Formó parte del comité de acreedores de Isaacs Hermanos. Recuerda que para cancelarle a Inés el crédito a su favor, se le entregaron algunas partidas en dinero cuyo detalle no recuerda y debe figurar en las cuentas de la liquidación. Recuerda que se le cedió un crédito hipotecario y se le transfirió la hacienda de "Guarinocito". En esta forma entendió el comité dejar cubierto el crédito a cargo de Isaacs Hermanos en liquidación y a favor de Inés. No le consta que Henrique haya prestado dinero de su propio peculio a Inés.

Emilio Buenaventura.—Dice que Henrique le ordenó pagar $ 220.00 a Inés, lo que efectivamente hizo el 4 de marzo de 1924.

Stuard Hosie.—Miembro del comité de liquidación. Dice ser evidente que el comité se ocupó en todas las operaciones propias para realizar los haberes y pagar a los acreedores, entre los cuales figuraba Inés.

RECIBOS

Recibo Nº 1.—Por $ 300.00, de Luis Soto & Cª, según orden de Henrique. Enero 4 de 1924.

Recibo Nº 2.—Por $ 300.00, de Luis Soto & Cª., según orden de Henrique. Febrero 4 de 1924.

Recibo Nº 3.—Por $ 250.00, de Luis Soto & Cª, por cuenta y orden de Henrique. Noviembre 5 de 1924.

Recibo Nº 4.—Por $ 250.00, de Luis Soto & Cª, por cuenta y orden de Henrique. Diciembre 3 de 1924.

Recibo Nº 5.—Por $ 200.00, de Luis Soto & Cª, por cuenta y orden de Henrique, liquidador de Isaacs Hermanos. Junio 6 de 1925.

Recibo Nº 6.—Por $ 200.00, de Luis Soto & Cª, por cuenta y orden de Henrique. Julio 7 de 1925.

Recibo Nº 7.—Por $ 140.00, de Luis Soto & Cª, por cuenta y orden de Henrique. Octubre 5 de 1925.

Recibo Nº 8.—(Cheque). Por $ 30.00, girado a favor de Inés, contra Luis Soto & Cª, por Isaacs Hermanos. Mayo 3 de 1926.

Cuentas

Cuenta A.—Por $ 8.175.00. Noviembre 26 de 1929.

Cuenta B.—Por $ 13.64. Noviembre 26 de 1929.

Inspección ocular

A petición del demandante se practicó el 26 de febrero de 1932 una inspección ocular en los libros de Isaacs Hermanos en liquidación.

Allí aparecen estos datos, entre el 1º de noviembre de 1923 y el 31 de mayo de 1926: la sociedad debía a Inés $ 49.542.75, que en el transcurso de los años citados le pagó así: $ 24.865.10, endosándole un crédito hipotecario a cargo de Morales Rocha; $ 24.677.65, vendiéndole en esa cantidad la hacienda de "Guarinocito", obligada la acreedora a pagar una deuda en favor de Brauer Moller & Cª; el saldo en veintitrés partidas pequeñas.

El 21 de abril de 1932 continuó la inspección en los libros.

En el copiador de cartas particulares se halla el dato de que entre el 4 de diciembre de 1923 y el 10 de febrero de 1926, Isaacs Hermanos facilitaron a Inés Marchesiello v. de Isaacs $ 4,488.64 en distintas partidas referentes a fletes, valor de telegramas, préstamos, etc.

En el libro copiador hay una carta fechada el 9 de abril de 1926, dirigida por el empleado H. Rincón a Isaacs Hermanos en liquidación, en la cual se lee: "Entregas a la señora Inés. Tomo nota de que en virtud del pago que se le hizo debo suspender las entregas mensuales que le venía haciendo por cuenta de ustedes".

Peritos

El perito Alberto Londoño de Brigard conceptúa:

Al punto 1º—El crédito reconocido a la demandada en la liquidación de Isaacs Hermanos, ascendió a $ 49,442.75.

Al punto 2º—Este crédito fue cancelado así: con la cesión de un crédito hipotecario a cargo de Morales Rocha, $ 24,865.10. Con la dación de la hacienda de "Guarinocito", $ 24,677.65. Total, $ 49,542.75. La diferencia de $ 100.00, corresponde a igual cantidad que Inés entregó a Henrique.

Al punto 3º—Dice que solamente puede dar por no incorporadas en la contabilidad de Isaacs Hermanos, pero sí establecidas en la correspondencia de estos señores con Inés Marchesiello de Isaacs, y en el extracto de cuentas que aquéllos pasaron a ésta el 28 de febrero de 1926, las siguientes cantidades:

Sumas del primer hecho de la demanda ..... $	820.00
Sumas del segundo hecho de la demanda ..... $	220.00
Sumas del tercer hecho de la demanda ..... $	640.00
Sumas del cuarto hecho de la demanda ..... $	950.00
Sumas del quinto hecho de la demanda ..... $	570.00
Sumas del séptimo hecho de la demanda ..... $	13.64
Total ..... $	3,213.64

Añade el perito:

"De este total solamente no figura en la contabilidad incorporada, ni en los extractos de cuentas, ni en la correspondencia, la suma de $ 600.00 (seiscientos pesos) entregados a la señora en diferentes partidas, en el curso de los meses de mayo a octubre de 1926. El pésimo sistema del englobamiento de asientos en la contabilidad y lo malísimamente llevada ésta, hacen imposible, bajo todo punto de vista, llegar a una conclusión distinta de lo que el estudio detenido y la verdad me hacen exponer en este concepto".

Al punto 4º—Según la contabilidad de la liquidación, las sumas que Henrique entregó a Inés por intereses, le fueron abonadas a aquél, y son las únicas que aparecen. Del estudio de la correspondencia, no se deduce ninguna cantidad suministrada por Henrique a Inés, en su carácter particular. Dedúcese además que Inés no es deudora de Henrique ni de un solo centavo.

El otro perito principal, **Joaquín Suárez Murillo**, está de acuerdo con Londoño de Brigard en cuanto a los puntos 1º y 2º A los demás contesta:

Al punto 3º—Las partidas anotadas en los puntos 1º a 7º de la demanda, como recibidos por Inés, no aparecen incorporadas en la cuenta de ésta con Isaacs Hermanos.

Al punto 4º—Inés recibió de Soto, Buenaventura, Rodríguez y la Scadta, varias sumas de dinero, por cuenta de Henrique, que alcanzan a un total de $ 6,175.00.

El perito tercero, **Carlos E. Bernal L.**, dice lo siguiente en los puntos en que los principales discrepan:

Al punto 3º—Las partidas anotadas en los hechos 1º a 7º de la demanda, como recibidas por Inés, no aparecen incorporadas en la cuenta de ésta en la liquidación de Isaacs Hermanos. El perito Londoño de Brigard se basa en conjeturas, sin que pueda decirse que ésta o aquélla partida figuren en la cuenta de Inés con la expresada liquidación. Existen muchas partidas enviadas por Henrique a Inés, pero una parte en dinero era enviada por concepto de intereses y por cuenta de la liquidación de Isaacs Hermanos, sumas éstas que aparecen en los libros correspondientes; "pero el resto de ese dinero, y que era remitido al mismo tiempo que los intereses, no aparece, ni apagecer podría, en los libros a que hemos hecho referencia".

Al punto 4º—La deuda de Inés a favor de Henrique, conforme a las pruebas que figuran en el expediente y demás elementos que el perito tuvo en cuenta, asciende a $ 6,175.00.

Los peritos Londoño de Brigard, Suárez Murillo y Bernal L. rindieron sus dictámenes en la primera instancia.

En la segunda instancia fueron llamados como peritos Jorge A. Ramírez y Carlos Convers, quienes depusieron en la forma siguiente:

El perito **Jorge A. Ramírez** dice lo mismo que los peritos de primera instancia en cuanto a los puntos 1º y 2º Y continúa:

..**Al punto 3º**—Las partidas que se anotan en los hechos 1º a 7º de la demanda, no tuvieron por objeto el ser aplicadas a la cancelación del crédito de Inés contra Isaacs Hermanos, por $ 49,442.75.

Al punto 4º—No aparecen incorporadas en los libros de Isaacs Hermanos en liquidación, las partidas anotadas en los hechos 1º a 7º de la demanda. Y mal podrían estarlo, comoquiera que no eran aplicables al crédito reconocido y pagado con valores y partidas diferentes. Se desprende lógicamente que tales suministros fueron hechos por Henrique particularmente y no como gestor de Isaacs Hermanos en liquidación.

Al punto 5º—Según se desprende de los extractos de cuentas que obran en el expediente, el crédito de Henrique contra Inés monta $ 6,188.64, así:

Suministrados por Soto, Buenaventura, la Scadta y bancos de Bogotá ..... $	6,175.00
Gastos que Henrique hizo por cuenta de Inés	13.64
Suma ..... $	6,188.64

El perito Carlos Convers está de acuerdo con el perito Ramírez en los puntos 1º, 2º y 3º En cuanto a los otros dice:

Al punto 4º—Las cantidades citadas en la demanda como recibidas por Inés le fueron enviadas por Isaacs Hermanos en liquidación, al menos en su mayor parte. Este perito, después de un extenso razonamiento, manifiesta estar de acuerdo con el análisis pormenorizado hecho en primera instancia por el perito Londoño de Brigard.

Al punto 5º—Dice no haber encontrado en todos los documentos que examinó la prueba de que hubiese negocio particular entre Henrique e Inés. Considera que ésta no es deudora de aquél por suma alguna, en su carácter particular y personal, y agrega que en el terreno hipotético pudiera llegarse a suponer un préstamo de Henrique a Inés, pero que no existe documento alguno sobre el particular ni en los documentos examinados se encuentra dato al respecto.

Aunque los peritos principales no estuvieron de acuerdo, a los autos no vino el dictamen de perito tercero.

— V —

El tribunal, luégo de estudiar todas las pruebas documentales y personales traidas al proceso, llega a la conclusión de que prescindiendo de las exposiciones rendidas por los peritos, por no haber quedado firmes, "en principio aparece demostrado que el actor dio en préstamo sumas de dinero a la demandada".

Aceptado esto como base del razonamiento, entra a discriminar las distintas partidas.

Respecto a la partida de $ 220.00, entregada por Buenaventura, dice que no puede considerarse como particular de Henrique, porque está anotada en el libro copiador de Isaacs Hermanos en liquidación, "y en todo caso, la confusión favorece a la demandada por la duda que en el particular llega a surgir".

Descarta lo referente a los cheques de Rodríguez, porque considera que no se ha demostrado que pertenecieran a la cuenta particular de Henrique ni aparece que la demandada aceptara esos pagos como procedentes de éste particularmente.

Otro tanto afirma con relación a la mayor parte de las partidas detalladas en la cuenta marcada con la letra A, corriente a foja 16 del cuaderno principal.

Por indeterminada, desecha la declaración de Díaz.

Por falta de apoyo en los libros, y también por aislado, prescinde del testimonio de Rincón.

Con base en la declaración de Luis Soto, dice que debe prescindirse de las sumas pagadas por Luis Soto & Cª, de las cuales no existan en autos comprobantes distintos que acrediten haber sido entregadas por orden y cuenta de Henrique.

Hecha esta labor de exclusión, entra el tribunal a estudiar uno a uno los ocho recibos, con este resultado:

Primer recibo.—Rechazado, porque "parece corresponder por la cantidad y el comisionista a la primera partida del folio 18 vuelta del libro de cuentas corrientes (acta de inspección ocular), que dice: "diciembre 31. Se paga Luis Soto (320) $ 300.00". La diferencia de fechas se explica por la distancia de Girardot a esta ciudad y la consiguiente demora en llegar la orden de pago".

Segundo recibo.—Admitido, porque su cuantía no figura en la cuenta abierta por Isaacs Hermanos a Inés. Y porque la entrega se hizo por orden y cuenta de Henrique Isaacs.

Tercer recibo.—Admitido, por las razones expuestas al estudiar el recibo número 2.

Cuarto recibo.—Admitido, por las razones expuestas al estudiar los recibos números 2 y 3.

Quinto recibo.—Rechazado, porque allí consta expresamente que se recibe por orden y cuenta de Henrique Isaacs D., liquidador de Isaacs Hermanos, y porque su cuantía corresponde a la que "figura a fojas 29 vuelta (acta de inspección ocular) en el libro copiador de correspondencia, partida que dice: "1925. Junio. Dímosle 200".

Sexto recibo.—Admitido, porque si bien se refiere a una partida reconocida por Luis Soto como pagada por cuenta de Isaacs Hermanos, "debe imputarse a la cuenta particular de Henrique Isaacs porque fue por orden de éste que se hizo la entrega, y porque en los recibos la demandada confiesa que recibe por orden y cuenta de aquél. Si el pago se hizo con fondos de Isaacs Hermanos, es cuestión pendiente entre esa sociedad y Henrique Isaacs".

Séptimo recibo.—Admitido, por las mismas razones expuestas al estudiar el recibo Nº 6.

Octavo recibo.—Rechazado, porque acredita un pago hecho por Isaacs Hermanos.

— VI —

La demandada interpuso recurso de casación con apoyo en la causal primera de las enumeradas en el artículo 520 del código judicial, porque juzga se ha violado ley sustantiva, infringiéndola directamente, aplicándola indebidamente e interpretándola erróneamente. Estima además que el tribunal incurrió en errores de hecho evidentes

al apreciar algunos de los recibos, la cuenta corriente que en los libros de Isaacs Hermanos se llevaba a la demandada y la cuenta que dicha casa pasó el 28 de febrero de 1926.

Dice la recurrente que el tribunal infringió los artículos 331 y 362 del código de comercio y 2142 y 2186 del código civil, por haber caído en error de derecho al estimar que el vínculo jurídico se formó entre Henrique e Inés y no entre ésta e Isaacs Hermanos.

Se apoya para hacer esta acusación en que Luis Soto, gerente de Luis Soto & Cª, declaró diciendo que su casa comercial, por orden de Henrique Isaacs y por cuenta de Isaacs Hermanos, pagó a Inés Marchesiello v. de Isaacs, y que estos pagos, como algunos otros que no figuran en el interrogatorio, "fueron debitados en la cuenta que teníamos abierta en nuestros libros a los señores Isaacs Hermanos de Girardot". Observa la recurrente que los actos ejecutados por el mandatario favorecen o perjudican al mandante, y no a terceras personas, por lo cual es a Isaacs Hermanos a quienes aprovechan tales pagos, y no a Henrique Isaacs D., particularmente, y que cuando un pago se hace por medio de mandatario, si llega a haber discrepancia entre éste y el acreedor, acerca de la persona en cuyo nombre se efectúa el pago, es indudable que el dicho del mandatario debe prevalecer sobre el dicho del acreedor. Observa además que tanto la persona pagadora como la persona recibidora están de acuerdo en afirmar que el pago se hizo por cuenta de Isaacs Hermanos.

En el segundo capítulo de su demanda dice la recurrente que al afirmar el tribunal, como lo afirmó, que los recibos por él tomados en cuenta se refieren a cantidades que no figuran en los libros de contabilidad de Isaacs Hermanos en liquidación, incurrió en error de hecho evidente en los autos.

Se resume la argumentación de la demanda:

Segundo recibo.—Por $ 300.00. Febrero 4 de 1924.

En la cuenta llamada "Inés M. de Isaacs a Isaacs Hermanos" aparece el 2 de febrero una partida por $ 215.00. Libro copiador. El 28 de febrero aparece una partida por $ 85.00. Libro mayor.

Estas dos partidas forman la de $ 300.00 de que trata este recibo.

Tercer recibo.—Por $ 250.00. Noviembre 5 de 1924.

En la cuenta pasada por Isaacs Hermanos el 28 de febrero de 1926, aparece cargada a la deudora, con fecha 3 de noviembre de 1924, una partida por $ 150.00.

En el libro mayor figuran cargadas en 31 de diciembre tres partidas de a $ 100.00 cada una, de las cuales la segunda corresponde al pago de los $ 100.00, efectuado en noviembre de 1924.

Así se tiene que los $ 150.00, cargados el 2 de noviembre, y los $ 100.00, pagados por intereses en el mismo mes, forman los $ 250.000.00 a que se refiere este recibo.

Cuarto recibo.—Por $ 250.00. Diciembre 3 de 1924.

En la cuenta citada aparece a cargo de la señora, el 1º de diciembre de 1924, una partida de $ 150.00.

En el mayor figura cargada una partida de $ 100.00, con fecha 1º de diciembre.

Tales dos partidas forman la de $ 250.00, valor de este recibo.

Séptimo recibo.—Por $ 140.00. Octubre 5 de 1925.

En la cuenta aparecen cargados $ 400.00, en los meses de septiembre y octubre de 1925, que se descomponen así: $ 200.00, que según el mayor recibió la señora en septiembre y octubre expresados, correspondientes a los $ 200.00 pagados por la Scadta a la señora el 2 de octubre; $ 140.00, valor del séptimo recibo, y $ 60.00 pagados por Antenor Rodríguez a la señora el 2 de octubre.

En cuanto al **sexto recibo**, por $ 200.00, dice la recurrente: "... cabe hacer igual observación que respecto a los anteriores; la partida correspondiente fue cargada a la señora Inés en los libros de Isaacs Hermanos, como puede verse en la cuenta tántas veces mencionada, folio 29 vuelta, con fecha 9 de julio de 1925".

Anota la recurrente cómo la declaración de Luis Soto está confirmada con los libros y correspondencia de Isaacs Hermanos.

— VII —

La corte considera:

— A —

Los recibos números 2, 3, 4, 6 y 7, admitidos por el tribunal, montan $ 1.140.00, a los cuales sumó el mismo la cantidad de $ 200.00, que Inés aceptó al contestar la demanda. Fue así como condenó por $ 1.340.00 Al hacerlo no incurrió en error de suma, como lo anota la recurrente, porque el total de $ 1.140.00 se debe a que computó los $ 200.00 del recibo número 6, aceptado también por el tribunal, si bien omitió su enumeración al recapitular los recibos admitidos.

— B —

Es posible que tenga razón la recurrente cuando al analizar los recibos Nos. 2, 3, 4, 6 y 7, llega a la conclusión de que descomponiendo sus valores se los encuentra también justificados en la contabilidad de Isaacs Hermanos. Para así concluir se necesita de cierto esfuerzo constructivo. No porque el tribunal omitiese hacerlo, y tal vez haciéndolo hubiera llegado adonde llegó la recurrente, puede afirmarse de él que cayera en error de derecho, o en error de hecho manifiesto en los autos. Muchas veces ha recordado la corte cuán grande es la libertad de los tribunales al apreciar medios indirectos de prueba. La concordancia entre asientos parciales y el valor total de cada recibo no resulta necesariamente del cotejo entre los libros y las cartas de pago. Entra allí la formación de un juicio en que el fallador puede obrar según su criterio, incensurable en casación.

— C —

El tribunal no obró injurídicamente al prescindir de la declaración de Luis Soto en cuanto ella no se concilie con el texto de los recibos. Afirma este señor que él pagó por cuenta y a cargo de Isaacs Hermanos. El tribunal, sin dudar de la veracidad del declarante, prefiere acogerse al tenor de los recibos en que no se alude a Isaacs Hermanos, ni a esta misma casa en liquidación, ni al carácter de liquidador que tuviese Henrique Isaacs.

Aunque a la declaración de Luis Soto no se le pueden aplicar estrictamente las reglas sobre el testimonio único, pues su dicho se completa con otros elementos probatorios y con la calidad de pagadora que tuvo su casa, no puede acusarse al tribunal de error de derecho, o de error de hecho manifiesto en los autos, porque se atuviese al texto de unos recibos en los cuales vio documentos fehacientes contra quien los firmara. La recibidora, firmante de tales cartas de pago, no trajo a los autos una prueba incontrastable de que los dineros le fuesen entregados por cuenta de personas distintas del individuo a quien ella misma designa en esas cartas como mandante del pagador.

No es jurídico acusar al tribunal porque acogiera las cartas de pago prescindiendo de la atestación del pagador, en cuanto pugna ésta con la letra de aquéllas. Bien sabida es la importancia que los códigos reconocen a las cartas de pago. En documentos de esta índole descansan a menudo supuestos legales sobre algunos antecedentes de donde el legislador deduce determinadas consecuencias. Es decir, ciertas presunciones. Recuérdense, si no, los artículos 1628, 1653 y 2234 del código civil y 211 del código de comercio. En la imputación de pagos, en la subrogación y en otros fenómenos jurídicos desempeñan tales cartas un papel preponderante. Recuérdense, si no, los artículos 1654, 1668, 1669 y 2118 del código civil. Sería injurídico infirmar por contraría a la ley una sentencia fundada en el texto de documentos cuyo alcance no fue desvirtuado plenamente. Su reconocimiento les dio fuerza de confesión que no han perdido en el debate (art. 637 del C. J.).

La corte ha hablado indistintamente de recibos y de cartas de pago por la similitud que existe entre estos documentos; pero ella no olvida que las últimas se refieren a la solución total o parcial de deudas.

— Ch —

El valor probatorio de los libros no es absoluto. Apenas respectivo. Así lo establece el código del ramo. Hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agitan entre sí. Y la hacen contra quien los lleva, sin que sea admisible prueba tendiente a destruir lo que resultare de sus asientos. En materia civil, aún entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas. Estas normas se hallan en los artículos 48, 47 y 51 del código de comercio.

La ley admite pruebas especiales en asuntos mercantiles, por altas razones: como la de atender a costumbre o sistema universales que consultan las necesidades del comercio; como la de sancionar con ineficacia probatoria los libros mal llevados; como la de reconocer que el comerciante conoce la verdad de lo atestiguado por él y tiene interés en evitar su propio engaño; como la de compensar con fe y crédito la diligencia de quien lleva sus libros regularmente; como la de hacer amable la obligación legal de tener libros; como la de interpretar que los comerciantes se han otorgado tácitamente el mandato recíproco de asentar en orden cronológico y día por día sus operaciones, y como la de admitir que los libros son comunes a quienes ejercen el comercio, porque dan el resultado y constituyen la prueba de relaciones también comunes. Todo naturalmente sobre la base de que los libros sean llevados con la regularidad requerida, como se dice en los artículos 53 y 57 del código mercantil.

Ninguna de las anotadas razones milita para sostener el valor probatorio de los li-

bros cuando su dueño no sea parte como actor o como reo. Si esta prueba es peligrosa aun entre comerciantes, porque libros de apariencia regular pueden esconder engaños o dar ocasión a sospechas, no obstante el control de los llevados por la parte contraria, bien se ve cuán peligroso sería generalizar esta prueba extendiéndola a negocios en que el dueño de los libros no sea litigante.

Cuando un comerciante extraño al pleito presta sus libros a una parte para que los exhiba, o cuando uno de los litigantes logra del juez la inspección de tales libros, no puede verse en éstos la prueba especial de comercio; tampoco una testimonial específica del comerciante, a que faltarían oralidad y juramento; ni siquiera un principio de prueba por escrito, puesto que emanando de persona ajena del litigio no haría verosímil el hecho litigioso; a lo más pudiera verse en ellos algún elemento probatorio en cuya apreciación tendría gran libertad el fallador.

En el presente negocio las partes han sido Henrique Isaacs D., como actor, e Inés Marchesiello, como reo. La casa de Isaacs Hermanos, antes y después de su disolución, es persona extraña al litigio. Sus libros no constituyen plena prueba en favor o en contra de los dos litigantes.

Se dirá que si el tribunal rechazó los recibos 1º y 5º por su correspondencia con los libros de Isaacs Hermanos, es lógico atacar la admisión de los otros recibos demostrando su concordancia con los mismos libros. El argumento sería de fuerza apenas aparente. Una cosa es que el tribunal dedujera la identidad de dos partidas totales, relacionando lo dicho por Soto con las circunstancias de que en uno de los asientos aparezca el nombre de éste y de que los dos asientos muestren cantidades iguales a las que figuran en los recibos, y otra cosa es, bien diferente de la primera, acusar al tribunal de no haber apreciado o de haber apreciado mal unos libros de comercio no pertenecientes a ninguna de las partes, en los cuales se hallan asientos parciales que mediante algún esfuerzo pueden llevar a la conclusión de que armonizan con las cuantías totales de las cartas de pago.

Estima la corte que el tribunal no quebrantó ley alguna absteniéndose de apreciar en su totalidad lo transcrito de los libros de Isaacs Hermanos y la cuenta pasada por dicha casa el 28 de febrero de 1926. Cree que tampoco violó ley alguna al admitir varios recibos. Por todo lo cual juzga que no fueron infringidos, como lo sostiene la recurrente, los artículos 2142 y 2186 del código civil ni los artículos 331 y 362 del código de comercio.

Ya se ha dicho que en los libros de persona extraña al litigio sería posible ver algún elemento probatorio de valor infirmante o corroborante, en especial cuando las partes tienen vinculaciones con aquella persona dueña, como ocurriría si el actor o el reo, o uno y otro, fuesen socios administradores o liquidadores de la entidad que presta sus libros, y más todavía si aquél o éste, o ambos, intervinieron en la teneduría de los mismos. Pero es al juez de instancia, no al de casación, a quien compete ponderar esas pruebas indirectas.

La corte ha tratado brevemente de los libros de comercio, porque en el juicio ordinario de Joaquín Rivera G. contra Obeso, Reyes Nissen & Cº, S. A., se extiende bastante sobre la materia.

Insiste la corte en que a pesar de las coincidencias entre las sumas de partidas numéricas constantes en los libros y los valores totales de las cartas de pago, no se alcanza a demostrar que el fallador incurriera en patente error de hecho no reconociendo importancia a tales conformidades. Esto por varias razones: 1ª—Porque el ajuste en las sumas no es indicio necesario del origen o imputación de las partidas, puesto que se ignora la historia de cada asiento.—2ª—Porque no se demostró en la diligencia de inspección, cuando se examinaban los diferentes asientos, la alegada concordancia entre las partidas de los libros y el monto de los recibos con apoyo en la causa de cada imputación, lo cual hace que si esas coincidencias no llegan a considerarse como medio nuevo en casación, tampoco son admisibles como instrumento de ataque a un fallo en que el tribunal tenía gran libertad para pesar las pruebas contrarias al tenor de los recibos, sin que pueda decirse que en su ponderación cayera en error de hecho manifiesto, tanto menos cuanto en los autos corren varias cartas en que la demandada se reconoce deudora del demandante y cuanto varios peritos estuvieron de acuerdo en este punto fundamental, si bien sus dictámenes fueron desechados por no haber quedado en firme.

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,

fallo:

No se infirma la sentencia recurrida y se condena en costas a la recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la gaceta judicial y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Ricardo Hinestrosa Daza, Emilio Prieto Hernández, secretario interino.

LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD DISUELTA. OBJECIONES A LA PARTICION



La nulidad del juicio con apoyo en que uno de los interesados no estuviera debidamente representado o no fuera citado o emplazado, sólo puede alegarse en casación por el interesado mismo o por su representante, pero no por su contraparte y ni siquiera por sus litisconsortes. La sociedad tiene acreedores de dentro y de fuera. Acreedores internos son los socios que han hecho puesta de capital; externos, aquellas personas ante quienes se ha obligado la sociedad extrínsecamente. Toda liquidación consiste esencialmente en reglamentar los intereses pecuniarios a que pudo dar nacimiento la disuelta sociedad. De ahí que sea más sencillo dividir bienes comunes o distribuir efectos hereditarios que liquidar negocios sociales. De ahí también que el papel de partidor sea menos complejo que el de liquidador. Pero cuando a éste no se le dan más datos que los que arroja un inventario de bienes muebles, su tarea, de simple partición intelectual o material, no por sencilla deja de ser jurídica.

Corte Suprema de Justicia. -Sala de Casación en lo Civil.—Bogotá, julio seis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

— A —

Por escrito fechado en Bogotá el 6 de junio de 1924, Inés de la Torre de Holguín, Camila de la Torre de Umaña, Magdalena de la Torre de Herrera y María de la Torre, obrando las tres primeras en sus propios nombres y la última en su nombre y como heredera de Dolores de la Torre, solicitaron en representación de Francisco de la Torre y de la sociedad conyugal que éste tuvo con Inés Muñoz de la Torre, que previos los trámites correspondientes a un juicio especial de liquidación, de mayor cuantía, se liquidaran la sociedad o compañía o negocios comunes que existieron entre Francisco de la Torre y Rafael de la Torre, desde el 1º de enero de 1906 hasta la disolución de esa sociedad, compañía o negocios comunes.

Pidieron las demandantes que la liquidación judicial se hiciera entre ellas, por parte de Francisco de la Torre, y las demandadas María Zapata de la Torre y Emma de la Torre de Iriarte, por parte de Rafael de la Torre.

En su libelo dicen las demandantes que la liquidación debe hacerse sobre la base de un documento suscrito el 23 de junio de 1912, documento que presentarían y se hallaba en el incidente sobre rendición de cuentas provocado dentro del juicio ejecutivo en que fueron partes los mismos dos grupos.

Fueron hechos fundamentales de la demanda:

1º—Entre Francisco y Rafael de la Torre existió cierta compañía aún no liquidada.

2º—Esa compañía quedó disuelta por muerte de los socios.

3º—El tribunal de Bogotá, por sentencia de 7 de julio de 1921, proferida en un juicio ordinario en que fueron partes los mismos litigantes, hizo esta declaración:

"Dentro del mismo término de 10 días procedan los demandados a liquidar de acuerdo con los demandantes, si fuere posible, o judicialmente, en caso contrario, la sociedad o compañía o negocios comunes que existieron entre don Francisco de la Torre y don Rafael de la Torre, desde el 1º de enero de

1906, hasta la disolución de la sociedad, compañía o comunidad".

4ª—La compañía estaba de hecho liquidada y partidos los bienes por convenio entre los herederos de los socios, pero se demanda en juicio porque la mencionada sentencia ordena proceder a la liquidación.

5ª—Los únicos interesados en la sociedad son el grupo de demandantes y el grupo de demandadas.

— B —

Por auto fechado el 13 de octubre de 1926, el juez en lo civil del circuito de Bogotá señaló el 17 de diciembre del mismo año para que se diera principio a la diligencia de inventarios y avalúos de los bienes pertenecientes a la compañía o comunidad de que se trata.

El tribunal de Bogotá, por auto de 4 de diciembre de 1926, revocó el auto del juzgado, y en su lugar declaró en liquidación la sociedad o compañía o negocios comunes; decretó la facción de inventarios y avalúos de los bienes sociales comunes; dispuso el emplazamiento por edicto de todos los interesados, y ordenó se fijaran día y hora para la práctica de los inventarios y avalúos.

La diligencia fue practicada en los días 21 de abril y 29 de julio de 1927.

Por auto fechado el 7 de noviembre de 1928, el juzgado aprobó los inventarios y avalúos. Este auto fue confirmado por el tribunal el día 15 de febrero de 1929. El juzgado nombró liquidador-partidor en auto fechado el 7 de marzo de 1931.

Por auto de 19 de septiembre de 1930, confirmado por el tribunal el 1º de diciembre siguiente, fue decretada la partición.

— C —

El partidor presentó su trabajo, y las demandantes lo objetaron.

El juzgado, por auto de 24 de febrero de 1932, declaró infundadas las objeciones, y aprobó la partición.

El tribunal de Bogotá, por auto de 4 de abril de 1933, confirmó la providencia del juzgado; pero la corte suprema declaró nula toda la actuación, desde que fue apelada la sentencia de primera instancia hasta el aludido auto de fecha 4 de octubre. El fallo de la corte lleva fecha 9 de abril de 1934.

Subsanado el vicio que dio origen a la nulidad, consistente en que la sentencia del juez no fue notificada a todos los que tenían interés en el negocio, volvió éste nuevamente al tribunal en virtud de apelación interpuesta contra dicha providencia, y el tribunal, por fallo del 26 de octubre de 1934, la confirmó en todas sus partes.

— Ch —

Por un error, la sentencia del tribunal fue fechada en 1933, cuando debió serlo en 1934. A petición del apoderado de las demandadas, el tribunal hizo la enmienda y aclaración del caso por auto fechado el 10 de diciembre de 1934. Corregida así la sentencia, ésta y el auto de enmienda y aclaración fueron notificados. Las demandantes interpusieron recurso de casación "contra la sentencia de segunda instancia de fecha 26 de octubre de 1933 y contra su fallo de enmienda y aclaración de 10 de diciembre de 1934, que se notificaron simultáneamente en edicto fijado el día 28 del mes de enero pasado". El tribunal concedió el recurso contra ambas providencias.

— D —

Antes de estudiar la demanda de casación conviene hacer un resumen del fallo recurrido:

Primera objeción.—No es posible liquidar los negocios comunes sin que se falle el juicio de cuentas que la corte ordenó rendir.

Dice el tribunal que esta objeción carece de fundamento porque liquidar y rendir cuentas son dos funciones distintas: que la sentencia distinguió lo uno de lo otro: que el código señala procedimiento especial para los juicios de cuentas y dispone que la liquidación y división de bienes sociales se practiquen siguiendo las reglas de la partición de herencia: que si un juicio está subordinado al otro, en este negocio el de cuentas lo estaría al de liquidación, pues el fallo de la corte dice que aquéllas se rendirán desde el 1º de enero de 1906 hasta la práctica de la liquidación respectiva.

Segunda objeción.—En la partición se prescinde del documento de 23 de junio de 1912, aunque en la demanda se pidió que el acto fuese practicado teniendo en cuenta dicho documento.

Dice el tribunal que no figurando ese documento en los autos, el partidor supuso que los dos De la Torre tenían igual interés en los negocios sociales, y que a falta de comprobación en contrario, la hipótesis de un interés igual es guía para partir.

Objeciones tercera y cuarta.—Para hacer la liquidación de una sociedad no basta tener en cuenta el inventario de los bienes, sino que, además, deben consultarse los tí-

tulos de cada socio, su cuota de capital, etc. etc., todo en vista de los papeles sociales, que el partidor no consideró a pesar de figurar todos ellos en los libros de cuentas.

Dice el tribunal que esos libros y papeles debieron haberse traído a los autos y someterse a controversia entre las partes, porque sería absurdo que el partidor se valiera de documentos extraños al debate.

— E —

Las demandantes aducen estas causales:

Primera causal.

Alegan contra la sentencia recurrida y contra el auto de enmienda, la causal indicada bajo el ordinal 6º del artículo 448 del código judicial, consistente en incompetencia de jurisdicción del tribunal sentenciador. Dicen que el día en que éste aparece dictando la sentencia, 26 de octubre de 1933, el negocio no estaba bajo su jurisdicción sino bajo la jurisdicción de la corte suprema, adonde llegó el 1º de agosto de 1933. El 26 de octubre ni siquiera se había notificado a todas las partes el fallo de primera instancia, según lo reconoció la corte en su sentencia de 29 de abril de 1934. Tampoco tenía el tribunal jurisdicción para dictar el auto de enmienda fechado el 10 de diciembre de 1934, objeto asimismo del recurso, porque no mediaba ninguno de los requisitos establecidos por los artículos 482 y 483 del código judicial.

Segunda causal.

Alegan la señalada por el ordinal 6º del artículo 520 del código judicial, en relación con el 448 del mismo código, por ilegitimidad de la personería de una de las partes o de quien figure como su apoderado o representante. Dicen que tanto en la demanda de liquidación como en la de partición figuró como parte Dolores de la Torre, representada por su heredera María de la Torre, sin que de este carácter haya prueba en los autos.

Tercera causal

Con cita del artículo 520 del código judicial, en su ordinal 6º, relacionado con el 448 de la misma obra, en su regla 3ª, alegan la falta de citación o emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas al juicio. Dicen que habiéndose demandado en la solicitud de partición a Dolores de la Torre, representada por María como heredera suya, sin que se estableciera esta calidad, y habiéndose corrido el traslado de la demanda al mandatario de María como heredera de Dolores, ésta no fue citada o emplazada.

Cuarta causal.

Alegan la ilegitimidad de la personería, refiriéndose nuevamente a la ausencia de Dolores, y dicen no hacerlo en este capítulo por el aspecto adjetivo sino por el sustantivo, conforme al artículo 520, ordinal 1º, del código judicial.

Fundan esta causal en que fueron hechas la liquidación y la partición, sin que uno de los partícipes estuviera apersonado.

Sostienen que a virtud de esta circunstancia, el tribunal violó varios preceptos legales, a saber:

El artículo 2141 del código civil, en cuanto establece que las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios y a las obligaciones entre los coherederos se aplican a la división del caudal social y a las obligaciones entre los miembros de la sociedad disuelta.

El artículo 1382 del código civil, porque la partición se efectuó sin la intervención de todos los coasignatarios, puesto que la partícipe Dolores de la Torre no estuvo apersonada en el juicio, y porque se aprobó un trabajo de partición hecho por un liquidador o partidor nombrado por el juez sin audiencia de todos los coasignatarios. "Es claro que el juez puede nombrar el partidor; pero sólo mediante el desacuerdo en la designación de todos los coasignatarios; pero no lo puede nombrar cuando todos los partícipes no han concurrido".

El artículo 954 del código judicial, porque el traslado de la demanda de partición no se surtió con respecto a Dolores de la Torre, ausente del juicio.

El artículo 956 del código judicial, porque el partidor fue nombrado por el juzgado sin la audiencia de Dolores.

Quinta causal

Alegan, invocando el artículo 520 del código judicial, en su ordinal 2º, que la sentencia acusada y el auto de enmienda no están en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Dicen que por dos aspectos procede esta causal:

Primer aspecto, porque en la demanda se pidió que la liquidación fuése practicada sobre la base del documento suscrito el 23 de junio de 1912. Las demandadas María y Emma no contestaron la demanda, "y por

lo mismo, es un hecho adquirido por las partes, el que la liquidación demandada debía hacerse con base del documento de 23 de junio de 1912, suscrito entre don Francisco y don Rafael de la Torre, máxime cuando en la fecha en que se admitió la demanda y se corrió el traslado, regía el artículo 254 del C. J., entonces vigente, (ley 103 de 1923), conforme al cual los hechos a que no den contestación los demandados se tendrán como probados en los casos en que es admisible la prueba de confesión". El partidor prescindió de ese documento. El juicio de liquidación forma un solo cuerpo con el ordinario en que se ordenó aquélla. Precisamente por ello se estableció directamente ante el mismo juez que conoció del ordinario. Si existía alguna duda sobre la obligación de tener en cuenta el documento, el partidor ha debido consultar el punto conforme al artículo 1281 del código judicial, aplicable por virtud del 2141 del código civil.

Segundo aspecto, porque fue pretensión de ambas partes la de que la partición se hiciera con audiencia de Dolores de la Torre como partícipe. La causal por este segundo motivo cobra mayor vigor al considerarse que se trataba de una liquidación que la justicia ordenó ventilar judicialmente, con audiencia de todos los partícipes, como de modo expreso lo dispuso el tribunal en sentencia del 7 de julio de 1921. La liquidación es parte integrante del procedimiento ordinario y los dos deberían estar formando un solo juicio.

Sexta causal

Alegan la causal indicada en el artículo 520, ordinal 1º, del código judicial, porque "hubo en el sentenciador error de hecho y error de derecho", y "no sólo apreciación errónea de determinada prueba, sino de falta de apreciación de determinada prueba". Todo ello se debió a que el liquidador no tuvo en cuenta el documento aludido, ni los títulos de cada socio en el contrato, ni los libros de la compañía, etc. etc. El documento debía apreciarse como prueba confesional de los demandados, al tenor del artículo 234 de la ley 103 de 1923. No podía hacerse la liquidación antes de que se diera cumplimiento al artículo 540 del código de comercio. El liquidador no ejerció ninguna de sus atribuciones legales. Se limitó a partir en dos mitades los bienes inventariados, desconociendo la naturaleza de su cargo y la esencia de su misión. Primero está en el tiempo la rendición de las cuentas en que una sociedad pueda tener saldo favorable, que la partición de los haberes sociales, sobre todo habiendo la sentencia dispuesto la rendición y liquidación. El partidor debe ocupar materialmente los bienes para administrarlos, recaudar los saldos activos, pagar los pasivos y distribuír luégo los haberes sociales. Y termina: "El liquidador, representante legal de los asociados activa y pasivamente, (art. 541 del código de comercio), no puede contentarse con formar dos hijuelas de bienes que no ha recibido ni tiene ni maneja, para adjudicarlos nominalmente en dos grupos, conservándose la comunidad que estaba obligado a liquidar".

La corte considera:

— I —

Debido a un error de número, harto frecuente, el tribunal de Bogotá fechó su sentencia en "octubre veintisóis de mil novecientos treinta y tres", cuando ha debido fecharla en "octubre veintisóis de mil novecientos treinta y cuatro". Todo el procesamiento, o sea el agregado de los autos y demás escritos que precedieron y siguieron a la sentencia definitiva, comprueba de manera evidente que ésta fue dictada en el año de 34. Cualquier lector medianamente cuidadoso comprende que la data verdadera del fallo es el "26 de octubre de 1934".

El 20 de noviembre de 1934, día en que por haberse desfijado el edicto se tuvo por surtida la notificación según el artículo 309 del código judicial, el mandatario de las demandadas pidió fuese corregido el error, a lo cual accedió el tribunal mediante un auto pronunciado el 10 de diciembre. El auto aclaratorio fue notificado con la sentencia aclarada. Este requisito se cumplió respecto de ambas providencias. La principal quedó así dos veces notificada.

El auto de enmienda no revoca ni reforma la sentencia definitiva. Apenas rectifica un simple error dactilográfico, del todo inoperante.

No se advierte, pues, la causa de nulidad consistente en incompetencia de jurisdicción.

Desóchase la primera causal.

— II —

Léese en el libelo inicial del juicio, fechado el 6 de junio de 1924, que las actoras De la Torre, —Inés, Camila, Magdalena y María—, obran en sus propios nombres, y que la última lo hace además como heredera de Dolores.

En las demandas de casación, fechadas el 21 de agosto y el 4 de octubre de 1935, suscrita la primera por el apoderado de Inés, Camila y María, y suscrita la segunda por Magdalena, sostienen las cuatro recurrentes que no estando acreditado en los autos el carácter de heredera de Dolores, invocado por María, y habiéndose corrido traslado de la demanda de partición a la misma María como heredera de la misma Dolores, el juicio es nulo por ilegitimidad de la personería en una de las partes o en quien figura como representante suyo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 448 del código judicial, en la regla 2ª.

Enseña el artículo 457 del código judicial que la parte indebidamente representada en el juicio, puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia.

Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los actores o a cualquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación. No su contraparte; ni siquiera sus litisconsortes.

Con toda claridad decía la ley 105 de 1890, en su artículo 136, ordinal 2º, que en la nulidad por ilegitimidad de la personería de alguna de las partes tienen derecho de pedir la reposición el interesado cuyos derechos se han representado indebidamente, o su representante legal.

La misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en que una de las partes no estuvo debidamente representada. Si tal personería se exige para promover el juicio de nulidad por la vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia, no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación.

Es significativo el hecho de que el artículo 522 del código judicial, al tratar de la interposición del recurso, hable de "la parte misma o su apoderado", como lo es también el de que el 523 de tal obra, al tratar de la concesión del mismo recurso, exija que el impugnador sea "persona hábil".

Concretando estas nociones generales al caso en estudio, observa la corte que la interesada Dolores de la Torre, si aún vive, o sus herederos, si ha fallecido, serían las únicas personas hábiles para alegar en casación la ilegitimidad de personería que aducen los recurrentes.

Deséchase esta segunda causal.

— III —

Sostienen las recurrentes que faltando la citación o emplazamiento de Dolores de la Torre para que concurriera a la partición de la sociedad disuelta, procede por este motivo la nulidad del juicio.

Lo expuesto sobre el derecho a pedir la nulidad por ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, debe aplicarse cuando se alega la falta de citación o emplazamiento en forma legal de quienes han debido ser llamados al juicio.

El artículo 457 del código judicial trata conjuntamente de la indebida representación en juicio y de la falta de citación o emplazamiento, para decir que estas causas de nulidad deben ser alegadas, como acción o como excepción, por la parte indebidamente representada o no legalmente notificada o emplazada.

Deséchase la tercera causal.

— IV —

Afirman las demandantes que la sentencia recurrida viola los artículos 954 y 956 del código judicial y 1382 y 2141 del código civil.

Sobre el artículo 954 del código judicial, que ordena correr traslado a las partes de la demanda de partición en los juicios de sucesión, no hay para qué tratar especialmente porque sería repetir lo dicho sobre indebida representación de Dolores de la Torre y sobre no citación y emplazamiento de la misma.

Sobre los artículos 956 del código judicial y 1382 del código civil, que autorizan al juez para nombrar partidor si las partes no se acordaren en su nombramiento, tampoco debe tratarse en este fallo, por varias razones: porque está ejecutoriado el auto de 7 de marzo de 1931, sobre nombramiento de liquidador-partidor, y éste no fue tachado; porque su designación no es objeto de la sentencia recurrida; porque no habiendo constituido la invalidez de ese nombramiento ninguna de las objeciones hechas al trabajo de partición, es un medio nuevo.

Sobre el artículo 2141 del código civil, que ordena la partición del haber común cuando la sociedad ha quedado disuelta, y traslada a la división del caudal social las reglas relativas a las de los bienes hereditarios, observa la corte que en lo que ese

precepto tiene de sustantivo no se advierte quebrantamiento alguno, y en lo que tiene de procedimental no puede ser invocado en casación.

Deséchase la cuarta causal.

— V —

Dicen las recurrentes que el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, a causa de que el liquidador-partidor no tuvo en cuenta el documento de 23 de junio de 1912, no obstante la súplica que en este sentido hicieron las demandantes, y a causa también de haber sido pretensión de ambas partes la de que se partieran los bienes con audiencia de la interesada Dolores de la Torre, ausente del juicio.

El tribunal de Bogotá, por sentencia fechada el 7 de julio de 1921, ordenó que los herederos de don Francisco y los de don Rafael procedieran, dentro de breve término, a liquidar judicial o extrajudicialmente la sociedad o compañía o negocios comunes que existieron entre aquellos señores, desde el 1º de enero de 1906 hasta la disolución de la sociedad, compañía o comunidad.

El juicio a que dio lugar la demanda de los recurrentes no tenía ni podía tener otra pretensión que la de liquidar esos negocios entre los señores De la Torre, conforme al artículo 2141 del código civil, que hace aplicables a la división del caudal social las reglas relativas a la partición de los bienes hereditarios.

La cita del artículo 254 de la ley 105 de 1923 aparece tan inconducente, que debió ser efecto de error.

Dice el libelo que la liquidación debe hacerse sobre la base del documento privado suscrito por los causantes el 23 de junio de 1912, documento que los actores ofrecieron traer al juicio y no trajeron. El liquidador-partidor no estaba obligado a procurárselo de manera oficiosa. Su obligación, como dijeron el juez y el tribunal, consistía en obrar de acuerdo con los elementos probatorios que aparecieran en el proceso. Si sobre este punto el liquidador-partidor no tenía duda, y es de creerse que no la tuviera, nada le obligaba a consultar con el juez, según el artículo 1281 del código judicial anterior, como lo creen las recurrentes.

En la diligencia de inventarios practicada el día 29 de julio de 1927, denunció el apoderado de las demandantes, como pasivo de la sociedad, los capitales que a ella aportaron sus dos socios, y pidió que los peritos hicieran el avalúo de esas aportaciones, tomando por base el documento de 23 de junio de 1912, "que fue citado en la demanda como elemento fundamental de la liquidación". El mandatario de las demandadas dijo no aceptar ni reconocer como pasivo social esos aportes, "porque ellos constituyen justamente el capital social, que es activo y es lo que trata de liquidarse".

Por auto fechado el 10 de agosto de 1927, estimó el juez que los capitales denunciados quedaron figurando como pasivo de la sociedad, y un poco más tarde, el 26 de los mismos mes y año, decretó la exclusión de tales créditos, a solicitud del mandatario de las demandadas, fundándose en que no reunían los requisitos del artículo 254 de la ley 105 de 1890, aplicable por ministerio del 2141 del código civil. El tribunal, por auto fechado el 7 de octubre siguiente, dispuso que no había lugar a incluír como pasivo de la sociedad, compañía o negocios en común, los capitales que a ella aportaron sus socios.

Dijo así el tribunal:

"El punto que ha de resolverse aquí se reduce a saber si deben o no inventariarse en el pasivo de la sociedad, compañía o negocios en común, los bienes que los señores De la Torre aportaron a ésta, denunciados por el señor Uribe Cualla".

"Esta cuestión la resuelve el tribunal en sentido negativo, pero no por las razones aducidas por el juzgado, sino en fuerza de otras de orden superior".

"No existe sociedad si cada socio no pone algo en común, y los bienes que en calidad de aporte llevan aquéllos a la sociedad, pertenecen exclusivamente a ésta y forman parte del activo de la misma (art. 2081 del C. C.)".

"Hecho el aporte, los bienes son de la sociedad y no de los socios, los cuales tienen en principio un crédito contra aquélla sobre lo que resulte de la liquidación, y los bienes aportados constituyen la masa partible...".

"Si fuera posible y racional la inclusión de ese crédito como pasivo, hay que pensar las consecuencias que ello tendría para terceros".

"Esta razón es más que suficiente, a juicio del tribunal, para concluír, como concluye, que no hay lugar a incluír como pasivo de la sociedad los capitales que a ella aportaron cada uno de los socios Francisco y Rafael de la Torre".

Aunque el contenido del auto en parte transcrito no lo fue también de la sentencia acusada, la corte toca de paso este punto para decir que a su juicio es injurídica la doctrina del tribunal sobre el carácter de los aportes, pues no hay duda de que la sociedad —regular o de hecho, civil o comercial— tiene acreedores de dentro y de fuera.

Acreedores internos son los socios que han hecho puesta de capital; externos, aquellas personas ante quienes se ha obligado la sociedad extrínsecamente. La compañía abre una cuenta a cada acreedor. Centralizadas y generalizadas esas cuentas, resulta el pasivo. En éste se distinguen varias categorías de deudas. Pagadas las que contrajo la sociedad con acreedores externos, se satisfacen las sociales, es decir, las aportaciones de los socios, hasta donde alcance el sobrante.

Toda liquidación consiste esencialmente en reglamentar los intereses pecuniarios a que pudo dar nacimiento la disuelta sociedad. De ahí que sea más sencillo dividir bienes comunes o distribuír efectos hereditarios que liquidar negocios sociales. De ahí también que el papel de partidor sea menos complejo que el de liquidador. Pero cuando a éste no se le dan más datos que los que arroja un inventario de bienes muebles, su tarea, de simple partición intelectual o material, no por sencilla deja de ser jurídica.

Lo de la ausencia de Dolores está ya ampliamente tratado, y no mira a las pretensiones objetivas de las partes.

Deséchase esta quinta causal.

— VI —

Se quejan las recurrentes de que el liquidador-partidor no tuvo en cuenta el documento aludido, ni los títulos de cada socio en el contrato, ni los libros de la compañía, etc., etc. Parece que en su concepto han sido violados los artículos 540 y 541 del código de comercio, y 234 de la ley 103 de 1923.

Considera la corte que si a los autos no se trajo el documento, es imposible que faltase su apreciación o fuese errónea.. El objetante dice que "ese documento obra original en el proceso que sirvió de origen a este juicio y que forma con él un solo juicio, pues esta litis de liquidación es consecuencia de todo el proceso original". Admitiendo que ello sea así, no hay prueba de que el documento se halle en el juicio ordinario que antecedió al de liquidación. Lo de los libros, etc., es demasiado vago.

El liquidador-partidor no estaba obligado a cumplir estrictamente el artículo 540 del código de comercio, porque no se ha establecido que liquidara una sociedad comercial. Más bien parece que partió los bienes de una sociedad civil, regular o de hecho, o de una comunidad. Si causahabientes de los asociados estimaren que el liquidador partidor dejó de cumplir alguna de sus obligaciones, como la de rendir cuenta general de la administración de los bienes, si acaso tuvo en el hecho esa administración, campo les queda para proceder judicialmente contra aquél; pero eso no afectaría la validez de la partición. La sentencia acusada se reduce a aprobar este trabajo, en vista de que las objeciones carecen de sólido fundamento.

No procede la cita del artículo 541 del código de comercio, porque ni se ha nombrado quién liquide una sociedad comercial ni se ha discutido si el liquidador representa o no en juicio a los asociados, activa y pasivamente.

Tampoco es procedente el artículo 234 de la ley 103 de 1923, que da reglas imperativas para la contestación de la demanda.

La liquidación de estos negocios, como lo apunta muy bien el tribunal, no tenía por qué estar sujeta a la rendición de cuentas.

Dicen los recurrentes que "primero está en el tiempo la rendición de las cuentas en que una sociedad puede tener saldo favorable, que la partición de los haberes sociales, máxime cuando la sentencia origen de todas estas acciones dispuso la rendición de las cuentas y la liquidación de los negocios, como puede verse a folios 193 y 194".

Efectivamente, en los folios citados por las recurrentes aparece una certificación del juzgado 5º civil del circuito de Bogotá, sobre estos puntos:

1º—Que Inés, Camila, Magdalena, María y Dolores de la Torre iniciaron juicio especial de cuentas contra María Zapata de la Torre y Emma de la Torre de Iriarte, en cumplimiento de la sentencia proferida por el tribunal con fecha 7 de julio de 1921, sentencia en la cual se hicieron estas declaraciones:

a).—La de que los herederos de don Francisco, incluyendo los esposos de sus hijas, están obligados a rendir cuentas a María Zapata de la Torre y a Emma de la Torre de Iriarte, como herederas de don Rafael, de los negocios que existieron entre los finados causantes, desde el 1º de enero de 1906 hasta que se practique la liquidación respectiva.

b).—La de que la obligación de rendir cuentas será ejecutada por los demandados dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia.

c).—La de que dentro del mismo término procederán los demandados a liquidar judicial o extrajudicialmente esos negocios sociales o comunes, desde el 1º de enero de 1906 hasta la disolución de la compañía o comunidad.

ch).—La de que dentro del mismo término de diez días entregarán los demandados a los

demandantes los saldos resultantes de las cuentas y de la liquidación ordenadas, con sus intereses legales.

2º—Que con la demanda sobre rendición los demandantes presentaron en cuatro hojas útiles sus respectivas cuentas, las cuales objetaron las demandadas.

3º—Que las objeciones transformaron el juicio en ordinario.

4º—Que el juicio ordinario no ha sido fallado.

Como puede observarse, en el presente juicio sobre liquidación y partición se está cumpliendo únicamente el punto c) mencionado, que en la sentencia de 7 de julio de 1921 está marcado con el número 3º. Nada más. El libelo no deja duda sobre el particular. La rendición de cuentas es cosa distinta de la liquidación y partición. Tal rendición se siguió o se está siguiendo en juicio separado. El liquidador-partidor no tenía por qué subordinar lo uno a lo otro. Tampoco el tribunal. Por lo demás, quien tiene interés en la subordiación no puede ser ciertamente el grupo obligado a rendir cuentas. En la diligencia de inventarios efectuada el 21 de abril de 1927, fojas 53 vuelta y siguientes, dijo el apoderado de las herederas de don Francisco que el único haber social es una cantidad de dinero que representa un saldo a cargo de los herederos de don Francisco y a favor de los hederos de don Rafael. No se advierte, por lo mismo, violación de ninguna ley.

Deséchase esta sexta y última causal.

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,

falla:

No se infirma la sentencia recurrida y se condena en costas a las recurrentes.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la gaceta judicial y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel, Emilio Prieto Hernández, secretario interino.

LA SUCESION NO ES PERSONA JURIDICA. DEUDAS HEREDITARIAS

Carece la sucesión de personalidad jurídica, porque no se ven en ella la existencia de un sér colectivo y de un interés distinto de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios ó a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su dominio propio que no sea esencialmente un bien de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo. Las deudas del difunto se dividen a prorrata entre los herederos, según el artículo 1411 del código civil, y son una carga de la universalidad sucesoral. De ahí que todos los dueños de ésta deban pagar esas deudas proporcionalmente a las cuotas que les correspondan en el activo. Lo que constituye universal al sucesor, y lo hace representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes y acciones transmisibles, y la responsabilidad de sus deudas.

Corte suprema de justicia.—Sala de casación en lo civil.—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo)

Max Duque Gómez, médico que ejerce su profesión en Neiva, demandó el 4 de mayo de 1932 a la sucesión de Francisco Bedón, representada por Gumersinda Córdoba de Bedón, para que le pagara el valor de sus servicios en los tres años anteriores a la muerte de aquél, servicios que estimó en $ 4.000.00, "debiéndose descontar de esta suma lo que se pruebe haber pagado....."

En escrito fechado el 30 de mayo de 1932, Gumersinda Córdoba de Bedón se opuso a la demanda.

Por sentencia fechada el 4 de noviembre de 1934, el juzgado 2º del circuito de Neiva condenó a la sucesión de Bedón, representada por Gumersinda Córdoba de Bedón, cónyuge sobreviviente y adjudicataria única de los bienes, a pagar a Max Duque Gómez $ 3.000.00 en moneda legal, menos $ 220.00 que el demandante confesó haber recibido a cuenta de sus servicios.

El tribunal de Neiva, en sentencia fechada el 3 de diciembre de 1935, revocó la proferida por el juzgado, declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda y absolvió a la demandada de los cargos que le fueron formulados. Todo esto, a causa de que la acción fue promovida cuando ya la herencia estaba liquidada y adjudicados sus bienes.

Dice el tribunal que la ineptitud es sustantiva, porque la sucesión no existe ya, y no existiendo, es claro que nada puede exigirse de ella. Observa que un fallo condenatorio se fundaría en el hecho falso de existir la sucesión ilíquida y carecería de eficacia práctica porque no teniendo bienes la sucesión, puesto que los suyos pasaron a la adjudicataria, el acreedor no tendría qué perseguir para el pago de su crédito y la sentencia resultaría ilusoria, lo cual debe evitarse porque en estas circunstancias es a los herederos a quienes se cobran las deudas hereditarias, puesto que han sucedido al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles.

El demandante recurrente aduce estas causales de casación:

a).—La sentencia violó directamente, por no haberlos aplicado al pleito, los artículos 1008, 1155, 1238 y 1411 del código civil, porque absolviendo a Gumersinda Córdoba de Bedón, demandada como representante de la herencia de Francisco Bedón, en su carácter de cónyuge y heredera única de éste, desconoció el principio fundamental de que el heredero sucede al difunto en todos los derechos y obligaciones transmisibles.

b).—La sentencia violó directamente los artículos 1833, 1834 y 1836 del código civil, porque tratárase de una deuda de la sociedad conyugal o de una deuda de la sucesión, en ambos casos debía satisfacerla la mujer como heredera universal del marido, salvo la acción, en el primer caso, para el reintegro de la mitad conforme a los preceptos citados.

c).—La sentencia violó el artículo 2324 del código civil, porque si la deuda a favor de Duque Gómez es deuda de la comunidad, al pago de ella estaba obligado cada uno de los comuneros, y el tribunal desplazó la res-

ponsabilidad atribuyéndola a la herencia, que no podía ser sujeto de obligaciones, y quitándosela a la mujer, que era precisamente la responsable como sucesora única y universal del difunto y comunera a la vez.

ch).—Errores del tribunal al considerar que la demanda hacía responsable a la sucesión de Bedón como si fuera persona jurídica, y no al cónyuge y heredero único a quien se señaló como representante de ella. A favor de este error, el tribunal declaró probada una excepción que ni procede ni tiene consistencia, porque radica la responsabilidad en una entidad que no podía tenerla por no ser persona jurídica, con lo cual se desvió del heredero demandado una obligación que caía de lleno sobre él.

d).—Errores del tribunal al no considerar demandado al heredero a quien se designó como tal en el libelo, errores que tuvieron por causa la creencia equivocada de que la sucesión de Bedón era la demandada como si fuera por sí persona jurídica y como si pudiera desligarse de la persona del heredero único. Dice que estos errores determinaron la violación de los artículos del código civil enumerados en el punto primero de su exposición, puesto que la sentencia relevó de responsabilidad a la única persona a quien de derecho correspondía, y agrega que la sentencia incurrió en error de hecho, que aparece de modo evidente en el proceso, al reputar liquidada la sucesión de Bedón, a pesar de que quedó excluída la deuda a favor de Duque Gómez, por omisión voluntaria del heredero único, pues no se puede considerar liquidada una herencia mientras hayan quedado excluídos elementos activos o pasivos del patrimonio.

Añade:

"Por otra parte, aun suponiendo liquidada la sucesión y hecha la partición, esto no es óbice para que los acreedores hereditarios puedan intentar sus demandas, de acuerdo con la doctrina que se desprende precisamente de los artículos 1416, en armonía con el 1415, el 1583, ordinal 4º, y el 1397, todos del código civil, disposiciones que prevén precisamente el caso de que se haya hecho partición y de que los acreedores no acepten la forma de liquidación de sus acreencias, las cuales pueden cobrar judicialmente de los herederos en la forma en que lo ha hecho el actor en este juicio".

"El error de hecho a que me he referido determinó, aunque equivocadamente también, el reconocimiento de la excepción perentoria de inceptitud sustantiva de la demanda o ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado y la absolución de la señora Córdoba de Bedón, con violación de las disposiciones legales indicadas en el aparte primero de esta acusación y con desconocimiento de las que últimamente he citado".

e).—Violación de los artículos 1310 y 1821, en armonía con el 472 y siguientes del código civil, por haber olvidado el tribunal que la cónyuge heredera estaba obligada a incluir en los inventarios la deuda a favor del demandante, cuyos servicios médicos fueron reconocidos por ella en la confesión extrajudicial que atestiguan Teodoro Rojas y Régulo Perdomo. Por virtud de este olvido, el tribunal dio por liquidada una sucesión que en realidad no lo estaba por culpable omisión de la heredera.

La corte considera:

Algunos juristas han pensado que la sucesión es un ente ficticio, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Es decir, con personalidad, como las entidades de derecho público y como las corporaciones creadas o reconocidas por la ley. Juzgan que los bienes mortuoriales corresponden a la sucesión. No hay, dicen, ningún texto del código según el cual sean de una comunidad, mientras sí existen decenas que los apellidan de la sucesión. Citan los artículos 1280, 1281, 1288, 1318 y 1319, en que se habla de bienes de la sucesión y de efectos y objetos pertenecientes a una sucesión, para concluir que si ésta tiene dominio es porque goza de personería jurídica.

La jurisprudencia ha visto en la sucesión cierta universalidad jurídica, y, sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa y pasivamente.

En concepto de la corte, carece la sucesión de personalidad jurídica porque no se ven en ella la existencia de un sér colectivo y de un interés distinto de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su dominio propio que no sea esencialmente un bien de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo.

Lo que pertenece a la sucesión es de los herederos. Ellos no tienen un derecho personal, o crédito, sino un derecho real: el de herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el de domi-

nio sobre uno o más bienes. Antes de la partición hay una comunidad sui generis; un patrimonio común destinado a liquidarse.

Edmond Champeau, comentador del código civil colombiano, observa que "la situación del heredero respecto de la sucesión hereditaria no es la de un socio respecto de una sociedad existente, sino más bien la de un socio respecto de una sociedad disuelta cuando se trata de liquidarla y de repartir los bienes sociales".

Cierto es que cuando el heredero, antes de partirse la herencia, ejerce la acción reivindicatoria que le concede el artículo 1325 del código civil, debe hacerlo en favor de "la sucesión". Cierto es también que los acreedores pueden promover contra "la sucesión", antes de partirse el patrimonio, acciones encaminadas a hacer efectivos sus derechos. Nada de esto significa que la sucesión sea persona distinta de los herederos. No es sino un modo de adquirir el dominio, y en el concepto patrimonial equivale a la herencia misma. Cuando se demanda a "la sucesión" o para "la sucesión", la parte reo está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o los herederos que piden para la comunidad. Por un imperativo del lenguaje se habla en uno y otro caso de "la sucesión"; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas.

Las deudas del difunto se dividen a prorrata entre los herederos, según el artículo 1411 del código civil, y son una carga de la universalidad sucesoral. De ahí que todos los dueños de ésta deban pagar esas deudas proporcionalmente a las cuotas que les corresponden en el activo. Lo que constituye universal al sucesor, y lo hace representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes y acciones transmisibles, y la responsabilidad de sus deudas. Aunque entre la apertura de la sucesión y el día en que ésta se liquida transcurre un tiempo de comunidad (art. 2324), los herederos son personalmente, antes y después de la liquidación, responsables de las deudas hereditarias. Los acreedores ejercitan sus acciones contra "la sucesión", antes de partirse los bienes, o contra los herederos, después de partidos. Este lenguaje, usualmente empleado, no significa que en el primer caso sea indispensable señalar como demandada a "la sucesión", ni que los actores deban fracasar en el segundo caso cuando hablan de "la sucesión", siempre que designen como reos a todos los herederos o al adjudicatario único a título universal.

El actor demandó a la sucesión representada por una persona, a quien se le adjudicaron todos los bienes por haber heredado universalmente al de cujus. Nada se puede objetar a la demanda. En la persona física del único adjudicatario están concentrados todos los derechos, acciones y obligaciones del difunto. Se habló de "la sucesión" por un exceso de lenguaje sin trascendencia alguna. Es como si el actor hubiera expresado el por qué de ser demandada la heredera. Nada más.

El tribunal interpretó malamente la demanda y violó los artículos 1411, 1155, 1835, 1836 y 2324 del código civil, invocados por el recurrente. La sentencia debe casarse.

Son éstas las pruebas del demandante:

Posiciones extrajuicio.—El demandante practicó a la demandada una operación con éxito satisfactorio. Los honorarios no fueron contratados previamente, pero fue con el doctor Gaitán con quien se arregló el precio del trabajo.

Posiciones en juicio.—El demandante le hizo una operación a la demandada, en asocio del doctor Gaitán, y esta operación quedó pagada al último. Siempre que fue llamado el doctor Duque se le pagaron sus servicios.

Julio Huertas C.—Desde febrero de 1931, en que principió a ser inquilino de los esposos Bedón y Córdoba, hasta la muerte del primero, el doctor Duque prestó a aquéllos los servicios de médico de cabecera, pues con alguna frecuencia el testigo lo llamó por orden de la señora. Bedón era un hombre gastado, de edad muy avanzada, que necesitaba de atenciones médicas. El testigo vio al doctor Duque manejando en casa de Bedón instrumentos para ciertos servicios, como lavados e inyecciones. El doctor sirvió diariamente, debido al agotamiento en que se hallaba Bedón.

Paulino Rubiano.—Estuvo en casa de Bedón desde un año antes de su muerte, asistiéndolo durante el día. En ese tiempo el doctor Duque fue llamado unas tres o cuatro veces, pero el testigo no vio los servicios que prestara. Tampoco vio que el doctor atendiera a otros servidores de la casa Bedón-Córdoba.

Marceliano Rivera.—En algunos años anteriores a la muerte de Bedón, vio entrar al doctor Duque a la casa de aquél, a prestarle sus servicios: Bedón necesitaba atenciones médicas. No sabe cuáles le prestaría el doctor ni le consta que fuera médico de cabecera.

Anselmo Gaitán U.—Como médico acompañó al doctor Duque en una operación que éste practicó a la señora, a quien siguió asistiendo por algún tiempo. Terminada la operación, Bedón pagó los honorarios de Gaitán U.

Francisco R. Pinzón.—Oyó decir a Bedón que el doctor Duque era el médico de su confianza, y fue al único médico a quien el testigo vio llegar a casa de Bedón.

Teodoro Rojas.—Vio muchas veces al doctor Duque en la casa de Bedón, y le consta que en la última semana de la vida de éste, aquél le visitó como médico. Agrega: "Me consta que al pedirle la señora Gumersinda de Bedón al doctor Duque rebaja de la cuenta que el doctor Duque le pasó a esa señora por valor de sus servicios médicos, la señora de Bedón le manifestó al doctor Duque que lo que le podía pagar eran mil pesos. Me consta que el doctor Duque no aceptó esa propuesta. Me consta por haberlo oído que la señora Gumersinda le manifestó al doctor Duque sus agradecimientos por los servicios que el doctor Duque prestó como médico; y de ahí el ofrecimiento que le hizo de los mil pesos, valor de tales servicios".

Victoriano Rivera.—El doctor se presentaba a la casa de Bedón, sobre todo en los días ya próximos a morir éste, pero no sabe el tratamiento que le aplicara.

Jorge Saavedra.—Hace siete años, más o menos, que el doctor Duque es su médico. Por el hecho de concurrir a su consultorio, presenció que iban sirvientas de la casa de Bedón a llamarlo, y en ocasiones el médico decía al testigo que lo esperara mientras recetaba a Bedón. Asegura que por lo menos en doscientas ocasiones presenció los llamamientos que al médico le hacían de donde Bedón. En dos veces estuvo en casa de Bedón y presenció que el doctor le puso inyecciones. Era público en Neiva que Duque era el médico de Bedón.

Hermanas del Hospital.—Sin juramento declaran que el doctor practicó una operación a la señora Córdoba de Bedón y la asistió cuidadosamente mientras estuvo hospitalizada.

Doctor Régulo Perdomo.—Es magistrado del tribunal. Le consta, por habérselo referido la señora Gumersinda de Bedón, que ésta ofreció al doctor Duque, y le instó para que recibiera, $ 1.000.00, por servicios médicos prestados a ella y a su esposo, exigiéndole así una rebaja a la cuenta que le había pasado, y que tal oferta no la aceptó el doctor. Oyó comentar a la señora de Bedón la cuenta del doctor Duque, la que estimó cara, y le oyó decir también que los $ 1.000.00 se los daba con gusto, porque en realidad sí le agradecía los servicios.

Presbítero Julián Quesada.—El doctor asistió a Bedón en una gripa, como médico de cabecera, y le aplicó remedios personalmente. Bedón le dijo al testigo que había dado al doctor la cantidad de $ 1.000.00.

Presbítero Fernando Monje.—Le consta que el doctor inyectó al cadáver de Bedón unas botellas de alcohol, y se negó a embalsamarlo, como se lo insinuaba la esposa, "porque eso era muy costoso y además innecesario".

Véanse ahora las pruebas de la parte demandada:

Posiciones absueltas por el demandante.—Recuerda que en una ocasión Bedón le dio $ 100.00, diciéndole: "Tome, doctor, su año nuevo", y que al nacer una de las niñas del doctor, Bedón se presentó en casa de éste y le dio $ 50.00. La señora Gumersinda le dio, como parte del precio de las operaciones, $ 50.00.

Recibo.—Por $ 50.00, pagados al doctor, a nombre de doña Gumersinda.

Teodoro Rojas.—El doctor le manifestó que doña Gumersinda le había dado varias partidas de dinero, de a $ 50.00 y de a $ 100.00, sin recordar a cuánto ascendían esas partidas.

Teódulo Flórez.—Bedón era puntual para pagar en el acto mismo de recibir servicios.

En esto consisten las pruebas de la demandada. Los demás testigos declaran sobre generalidades sin importancia.

Importa estudiar el mérito probatorio de los dictámenes periciales rendidos en el juicio, por cuanto versa éste sobre comprobación de hechos que exigen conocimientos o prácticas especiales, como lo prevé el artículo 705 del código judicial.

El primer cuerpo de peritos estuvo formado por Giraldo, Piñeros y Luque.

Giraldo emitió su dictamen ante un juez de Bogotá, el 2 de noviembre de 1932. Piñeros rindió el suyo en Neiva, el 22 de marzo de 1933. Y Luque en esta última ciudad el 10 de junio siguiente, es decir, ocho meses después que Giraldo y cuatro meses después que Piñeros.

Todo indica que los expertos no procedieron a estudiar las cuestiones deliberando juntos, como lo prescribe el artículo 716 del código judicial. Precepto no caprichoso ni adjetivo, como que está fundado en la naturaleza humana y mira a algo trascendental. El intercambio de ideas entre los peritos pro-

vee al mayor acierto de sus conclusiones y a que se controlen recíprocamente. Quizá por no haber hecho sala, como lo ordena la ley, ocurrió que mientras un médico fija al embalsamamiento del cadáver $ 1.000.00, otro lo estima en $ 800.00 y otro en $ 100.00.

El juez puso ese peritaje en conocimiento de las partes, para los efectos del artículo 719 del código judicial. La demandada lo rechazó "por no estar de acuerdo con la ley ni en la forma, ni en la sustancia, y muy en desacuerdo con los elementos que se encuentran en los autos", y pidió "que los peritos señalen los elementos probatorios en que fundan sus dichos, ya que éstos, desprovistos de prueba, no tienen valor en juicio".

El juez se negó a exigir a los peritos "que señalen o hagan factura de los elementos probatorios en que fundan sus dictámenes", y decretó de oficio un nuevo avalúo con expertos que él nombró, invocando el artículo 721 del código judicial.

Los nuevos peritos, Bejarano y Cuéllar, rindieron su dictamen con fecha 21 de enero de 1934.

La parte demandada manifestó desconocer todo valor al nuevo dictamen, y el juez, en vista de que no se le formularon objeciones, lo aprobó por auto de 22 de agosto del mismo año.

Se había citado para sentencia en auto fechado el 9 de febrero de 1933, que alcanzó su ejecutoria el 17 de los mismos. Ejecutoriado este auto, ya no podían formar parte del proceso las pruebas que en lo sucesivo se practicaran, conforme a lo dispuesto por el artículo 597 del código judicial, en su ordinal 3º Y si bien es cierto que las pedidas a tiempo, aunque practicadas inoportunamente, sirven para ser consideradas por el superior cuando los autos llegan a su estudio por apelación o consulta, según lo prescribe el artículo 798 del mismo código, igualmente lo es que bien interpretada esta prescripción, si las pruebas en todo caso deben ser pedidas en tiempo, también deben ser ellas decretadas en tiempo. A lo cual no es óbice el artículo 719, in fine, porque la ampliación a que esta potestad del juez se refiere, ha de hacerse sobre un dictamen pedido y decretado en tiempo.

La primitiva prueba pericial fue pedida en tiempo, el 15 de junio de 1932, pero en términos muy vagos, pues el actor solicitó se procediera al avalúo de sus servicios profesionales "durante los tres últimos años anteriores a la muerte del señor Bedón, operación que deben practicar una vez recibidas las otras pruebas para que las tengan a la vista y teniendo en cuenta el estado delicado en que vivía don Francisco por su edad avanzada".

Giraldo, Piñeros y Luque, rindieron su dictamen después de la citación para sentencia, y lo rindieron sobre hechos no totalmente establecidos en los autos. Avaluaron, por ejemplo, dos operaciones cuando no está comprobada sino una.

El juez, invocando el artículo 721 del código judicial, decretó oficiosamente un nuevo peritazgo, "a fin de que los nuevos peritos den su dictamen, si es posible, uniforme, explicado y debidamente fundamentado, en la forma prescrita en el artículo 716 de allí (C. J.) no cumplida en el avalúo anterior por hecho o culpa de las mismas partes. Este nuevo avalúo también fue decretado después de la citación para sentencia, y como la parte demandada apelara contra tal providencia, el juez le negó el recurso diciendo que "ese auto es de sustanciación dictado en ejercicio de una facultad legal".

Los últimos peritos rindieron su dictamen casi un año después de cerrado el debate, y lo hicieron sobre la base inaceptable de estar probados todos los hechos que el actor expuso en su demanda.

Las anotadas irregularidades fuerzan a la corte a prescindir totalmente de las exposiciones periciales, pero como no hay duda de que el actor prestó a los cónyuges Bedón y Córdoba servicios profesionales que él estima en un valor superior a la cantidad de $ 220.00 recibidos ya según lo reconoce en la demanda, se hará en este fallo la condena en abstracto, a reserva de fijar su importe cuando vaya a ejecutarse, para lo cual se procede a establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación.

Está probado lo siguiente:

1º—Que el actor practicó a la demandada, con resultado satisfactorio según ella misma lo confiesa en posiciones, la operación de cirugía a que se refiere el doctor Anselmo Gaitán U., en su declaración corriente al folio 9 vuelta del cuaderno número 2, y continuó en el hospital atendiendo a la operada en los días que siguieron a la operación, como lo declara el expresado doctor Gaitán U. y lo certifican las hermanas de la caridad a folios 13 y 13 vuelta del mismo cuaderno.

2º—Que el actor fue habitualmente médico de Bedón, en los tres años anteriores a su muerte, como médico de confianza, o de familia, y en tal carácter prestó durante ese tiempo sus servicios profesionales en el tratamiento de aquél que por su avanzada edad requería cuidados, y a quien el expresado actor hizo numerosas visitas con el expre-

sado carácter de médico habitual y le hizo diversas aplicaciones.

3º—Que muerto Bedón, el actor inyectó al cadáver unas botellas de alcohol para demorar la putrefacción.

El actor dice en la demanda haber recibido $ 220.00 por honorarios, y no apeló de la sentencia de primera instancia en que el juez fijó el valor de sus servicios en $ 3.000.00, para deducir de ahí los expresados $ 220.00.

Los peritos avaluarán los servicios profesionales a que se refieren los anteriores puntos 1º, 2º y 3º del presente fallo, y el valor fijado por ellos, según las reglas de procedimiento, será lo que debe pagar la demandada al demandante.

El avalúo no podrá exceder de $ 3.000.00, a que se refiere la condena de primera instancia, y de él se deducirán los $ 220.00, pagados ya. No será inferior a esta última suma de $ 220.00.

Aunque los servicios son de cargo de la sociedad conyugal Bedón-Córdoba, no se habla de recompensas porque la demandada reúne las condiciones de cónyuge sobreviviente y de única heredera de su marido, por todo lo cual ella es prácticamente la que debe responder por el total de lo que se debiere, si aún se debe algo por concepto de aquellos servicios.

Se ha afirmado que el demandante prestó sus servicios profesionales a Bedón en los tres últimos años de la vida de éste. Si la demandada Córdoba impugnare esta afirmación diciendo que fue menor ese tiempo, el juez lo fijará sin excederse de los años, en vista de lo que sobre este punto se pruebe al ejecutarse este fallo (artículo 553 del C. J.)

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 :

a).—Cásase la sentencia recurrida y revócase la de primera instancia.

b).—Condénase en abstracto a Gumersinda Córdoba de Bedón, mujer mayor de edad y vecina de Neiva, a pagar en dicha ciudad a Max Duque Gómez los servicios profesionales de que tratan los puntos 1º, 2º y 3º de este fallo.

c).—Se hace tal condena en abstracto, a reserva de fijar su importe por medio de peritos en la ejecución de esta sentencia (artículos 480 y 553 del C. J.), ejecución en que se tomarán las bases y se observarán las instrucciones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Sin costas.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al tribunal de su origen.

Antonio Rocha, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel. Emilio Prieto Hernández, Secretario interino.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

CASACION: ORIGEN, FINALIDAD Y MECANISMO DE LA INSTITUCION; CAUSALES DE CASACION; ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO EN CASACION.—ACTOS JURIDICOS DE LOS "ELEMENTOS"; NULIDAD POR DEMENCIA; PRUEBA DE LA DEMENCIA

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

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel).

I

HECHOS

1º—El día 20 de marzo de 1933 el señor Miguel Vélez Villa celebró con el señor Valentín González C. el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 47, de esa fecha, otorgada ante el notario público del Circuito de Titiribí.

2º—Tres meses después—el 29 de junio del propio año—fue asilado en el Manicomio Departamental de Medellín el mencionado señor Miguel Vélez Villa, en virtud del certificado de 28 de junio de 1933, suscrito por los doctores Julio Quintero R. y Pedro Pizano R., del cual aparece que en concepto de dichos doctores, Vélez Villa padecía de enajenación mental caracterizada por ideas delirantes de ruina, manifestándose éstas algunas veces en forma ansiosa, con tendencias al suicidio y que tal enajenación había empezado hacía un año aproximadamente.

3º—Poco después—el dos de agosto de 1933—murió en el expresado manicomio el señor Vélez Villa "en estado de demencia", según reza el certificado expedido el 17 de los mismos mes y año por el director de ese establecimiento.

4º—El 19 de septiembre del mismo año la señora Alicia Cuartas viuda de Vélez, obrando en nombre de la sociedad conyugal ilíquida, disuelta por la muerte de Miguel Vélez Villa, demandó a Valentín González C. para que en juicio ordinario se declarara nulo el contrato de que ya se habló, consignado en la precitada escritura número 47 de 20 de marzo de 1933.

5º—Como hecho fundamental de su demanda expuso la demandante el de que tal contrato había sido celebrado cuando su marido se encontraba en estado de enajenación mental por lo cual había faltado el consentimiento de quien apareció como vendedor de los bienes raíces a que se refiere la escritura citada.

6º—Como pruebas del hecho básico de la demanda adujo la demandante las siguientes: a) El certificado ya aludido del Director del Manicomio Departamental sobre asilo y muerte en estado de demencia del señor Miguel Vélez Villa. En ese certificado se transcribe, en parte, el que rindieron el 28 de junio de 1933 los mencionados doctores Julio Quintero y Pedro Pizano; b) Declaraciones de María Emma Velásquez, Ana Tulia Rosas, Ester Zabala E. y María Ester de Z., quienes declaran que observaron—la primera por haber trabajado en calidad de sirvienta en la finca del señor Vélez Villa, y las otras por ser vecinas del mismo— en la época en que se celebró el negocio con Valentín González, las crisis de excitación que sufría con frecuencia aquél ante el espectro de la ruina y de la miseria, las tentativas contra su persona y la idea obsesionante del suicidio que lo perseguía; c) Declaraciones de los doctores Pedro Pizano y Julio Quintero, quienes declararon, el primero, que durante más de tres años atendió como médico a Vélez Villa y que desde entonces observó en él síntomas de trastornos mentales caracterizados por ideas de ruina y manifestados por depresión moral muy marcada, y el segundo, que en su carácter de médico visitó varias veces al señor Vélez Villa y que en vista de que éste no mejoraba hubo de aconsejar que se le asilara en el manicomio, como evidentemente se hizo; d) Copia de la exposición pericial hecha por los mismos doctores Quintero y Pizano ante el señor Juez del Circuito de Titiribí en las diligencias sobre nombramiento de tutor a las menores Gabriela y Blanca Alicia Vélez Cuartas. En esa exposición, que es de 18 de mayo de 1933, aseguraron los peritos que Miguel Vélez Villa presentaba un estado de melancolía ansiosa caracterizado por gran excitación constante con ideas de ruina. Agregan los peritos que "de unos tres años a esta parte todos sus negocios los ha hecho de una manera inconsciente, sin una noción clara y precisa de los exagerados compromisos que esos negocios le imponían". Concluyen los peritos diciendo que en su concepto Vélez Villa está absolutamente imposibilitado para ejercer cargos tales como tutorais o curadurías.

7º—Por su parte el demandado hizo recibir declaración de muchos testigos, "califi-

cados como personas notables en Titiribí", en las cuales tales personas aseguran que no observaron en el señor Vélez, en la época en que se hizo la venta, manifestaciones que dieran a entender un estado mental perturbado que le impidiera darse plena cuenta de los contratos que celebraba. Resulta también de tales declaraciones que Vélez consultó con algunos de tales testigos el contrato que celebró con el demandado y que aquéllos lo encontraron ventajoso para Vélez. Uno de estos testigos—el señor Carlos González Quijano, "persona connotada en Titiribí"—manifestó que el negocio con Valentín González fue discutido ampliamente con intervención de aquél, debido a que el señor Vélez lo comisionó para que se entendiera con el demandado. Adujo también éste las declaraciones del notario y de los testigos instrumentales que declaran no haber observado en Vélez Villa manifestación alguna que indicara un entendimiento perturbado en el momento de celebrar el contrato, sino una plena lucidez. Trajo así mismo a los autos el demandado una certificación jurada de los doctores Jaime Bernal Moreno y Eduardo Escobar, según la cual, en concepto de éstos, el diagnóstico de los médicos Quintero y Pizano se basó en un solo síntoma y es exagerado. Agregan los doctores Bernal y Escobar que los melancólicos tienen largos períodos en que están absolutamente cuerdos, con inteligencia clara y comprensión completa.

8º—De las repreguntas hechas por el demandado a los doctores Quintero y Pizano resultaron las siguientes aclaraciones por parte de dichos médicos: a) Que la personalidad consciente en Vélez Villa no estaba abolida pero sí probablemente trastornada; b) Que en las melancolías hay intermitencias más o menos largas durante las cuales el melancólico se encuentra en estado de lucidez y que en el caso del señor Vélez se trataba de una melancolía; c) Que cuando expidieron los dos certificados aludidos no tuvieron la intención de aseverar ni aseveraron que cuando dicho señor negoció con el señor Valentín González aquél estaba loco o en estado de demencia, pues no estuvieron presentes en el acto de dicho negocio.

II

SENTENCIA ACUSADA

Por sentencia de 29 de agosto de 1934 el Juez de Titiribí declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandante por no haberse probado legalmente la muerte de Vélez Villa.

Llevada tal prueba al Tribunal éste estudió a fondo el negocio y absolvió al demandado fundándose: En que la prueba necesaria para destruír la presunción de validez establecida por el inciso segundo del artículo 553 del C. C. es la demencia real del contratante en el momento en que se celebró el contrato y que no pueden considerarse suficientes para el fin indicado las que presentó el actor. "No se ha probado—dijo el Tribunal—la demencia del señor Vélez en el momento en que se celebró ese contrato, tanto porque la prueba presentada no es adecuada al fin indicado como porque es incompleta o deficiente en sí misma y deja cuando menos la duda sobre el hecho que se trata de probar, o sea la demencia de Vélez el 20 de marzo de 1933".

III

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Cinco cargos ha formulado el recurrente contra la expresada sentencia, a saber: 1) Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva "a lo cual fue conducido el Tribunal por apreciación errónea de la prueba". "Con efecto—agrega el recurrente—se han violado los artículos 553, 1502, 1503, 1504, 1740 y 1741 del C. C. por cuanto el Tribunal no declaró la nulidad absoluta del contrato..... celebrado por don Miguel Vélez Villa con Valentín González estando el señor Vélez Villa en estado de demencia". En sentir del recurrente la errónea apreciación de la prueba condujo al Tribunal a negar la demencia de Vélez Villa "hecho demostrado con protuberancia". Tanto al creer el Tribunal que la enfermedad de Vélez Villa no era una verdadera demencia, como al afirmar que aun habiendo estado enfermo Vélez Villa, antes y después del contrato, pudo haber estado bien en el momento mismo, de firmarlo, incurrió en errores que lo condujeron a la violación de los expresados textos. "En resumen—dice el recurrente para sintetizar sus alegaciones con respecto a este primer cargo—la prueba presentada es bastante y está demostrando que Vélez Villa sí estaba demente cuando realizó toda la gestión contractual que culminó en la firma de la escritura referida; luego ha debido declararse la nulidad pedida". 2) Como segudo cargo formula el recurrente el de "error de hecho que conduce a una apreciación errónea de la prueba". "Este error—continúa el recurrente—lleva así a la violación del artículo 702 de C. J." Tal error consistió, según el recurso, en valorar el certificado de un médico (el doctor Bernal Moreno) que jamás conoció a Vé-

lez Villa. Y todo ello haciendo de menos las declaraciones de los médicos Pedro Pizano y Julio Quintero que lo trataron bien y lo conocieron y pudieron juzgar". 3) Violación del artículo 702 del C. J., por el error en que incurrió el Tribunal "al tomar por pruebas en contra de las presentadas las declaraciones de algunos testigos y del notario que afirman que Vélez estaba normal en el momento de firmar la escritura". Al hacer esto el Tribunal, a juicio del recurrente, prefirió "peores testigos a mejores". Como consecuencia de la violación del expresado artículo 702 se violaron las disposiciones sustantivas citadas al formular el primer cargo. 4) Violación de los artículos 697 y 702 del C. J. y 1757 del C. C. "al exigir el Tribunal una prueba pericial diferente de la presentada y negar, por tanto, su valor probatorio de plena prueba a las declaraciones de los doctores Pedro Pizano y Julio Quintero, reforzadas por multitud de asertos". "Es cierto—agrega el recurrente—que los peritos no quisieron decir si Vélez estaba loco en el momento de firmar el contrato. Pero débese tener en cuenta que el instante de firmar no es el momento de contratar, que los peritos, esos sí, admitieron la enfermedad continua y que esa delicadeza suya no podía tomarse como contraprueba, porque ellos saben que queda al jurisperito saber que en la ciencia moderna no se admite el individuo sano antes y después de firmar el contrato y bien de salud mental en el momento de firmarlo". 5) Como quinto cargo formula éste el recurrente: "también el Tribunal cree en el valor de una ratificación. Y olvida que no puede ratificarse lo nulo en absoluto. Otra violación de una disposición sustantiva del derecho para violar, por esta mala interpretación, el derecho fundamental alegado en el numeral primero de esta demanda".

IV

EXAMEN DE LOS CARGOS

Por la índole de los cargos formulados contra la sentencia del Tribunal; por la manera como aparece planteada en el recurso la cuestión de hecho, y por el modo como aquí se presentan acusaciones que sólo se refieren a algunas pruebas aisladamente consideradas, después de haberse concretado, como fundamento esencial, el de error manifiesto de hecho resultante de apreciación errónea de todo el haz probatorio, la Corte estima procedente comenzar por señalar una vez más las verdaderas características del recurso de casación y por explicar la técnica de éste, ya que no solamente en este caso, sino también en muchos de los que vienen ante la Corte, se formula la demanda de casación sin tener en cuenta esas características y esa técnica.

El pensamiento fundamental que inspiró en Francia — de donde nosotros la tomamos —el establecimiento del recurso de casación fue el de crear un organismo de vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes.

"Se establecerá — dijo el artículo 1º de la ley de noviembre de 1790 — un Tribunal de Casación cerca del cuerpo legislativo con lo cual se puso de manifiesto que la Corte de Casación no formó, en el pensamiento que inspiró su creación, parte del poder judicial, sino que ocupó un lugar separado y más alto que fue en cierto modo una emanación o prolongación del poder legislativo, que le delegó funciones y atribuciones para el efecto de vigilar, inspeccionar y fiscalizar el poder judicial en la aplicación de la ley.

"Cree el Comité — decía por esa época Le Chapelier al explicar el pensamiento del Comité de Constitución, en cuyo nombre se presentaba el proyecto — que la casación de las sentencias contrarias a la ley no es un derecho del poder ejecutivo, al cual corresponde sólo castigar al juez, sino que debe atribuírse a un tribunal de casación que, situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la aplicación de ésta. Este derecho de vigilancia debe concederlo el cuerpo legislativo, por qué a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia, de tal suerte que, si esto fuera posible, lo verdaderamente ajustado a los principios sería que las sentencias contrarias a la ley se casasen por el legislador".

Dentro de ese orden de ideas se le atribuyó al Tribunal de Cacación, como función esencial, la de anular "toda sentencia que contuviese una violación expresa del texto de la ley".

Y para que la institución correspondiera exactamente a ese origen que tuvo y a ese pensamiento cardinal que inspiró su creación, se le prohibió, de manera expresa, "conocer del fondo del asunto".

Lo único que el Tribunal de Casación debía estudiar era la conformidad de la sentencia con la ley. La infracción flagrante de ésta, pero sólo esa infracción flagrante, podía llegar a determinar la casación del fallo porque el recurso, según lo que acaba de explicarse, fue una defensa del legislador con-

tra el Poder Judicial y no un nuevo organismo judicial ante el cual pudiera provocarse el debate de las instancias.

Ese Tribunal de Casación así establecido debía estudiar la sentencia de instancia, y no el juicio. Era aquélla la que iba ante él como acusada por infracción de la ley, y era sobre ella, y no sobre el conflicto de intereses y debatido en el pleito, sobre lo que debía recaer el fallo de casación.

Hoy mismo, a la Corte de Casación francesa no se lleva el expediente del juicio sino que se presenta, con el pourvoi, una simple copia de la sentencia acusada, porque es ésta exclusivamente la que la Corte debe estudiar. Y cuando la Corte de Casación infirma el fallo de la Corte de Apelación, no procede a dictar la sentencia que debe reemplazarlo sino que remite el asunto a otra Corte de Apelación para que sea ésta la que dicte la nueva sentencia de instancia.

La misión de la Corte de Casación se ha ido "ampliando poco a poco, tanto por su propia práctica, como bajo la influencia paralela de un movimiento legislativo que apoyó indirectamente y acentuó todos sus progresos, hasta conferirle casi la dirección suprema de toda la interpretación jurídica", según explica Gény, quien sostiene que su control puede llegar a establecerse no sólo con respecto a la ley escrita sino también con relación a las demás fuentes de derecho así como a la labor de la libre investigación científica, pero esa ampliación de las funciones de la Corte no se ha extendido ni ha tratado de extenderse al examen de los hechos. Continúa aplicándose sin alteración el principio consignado por el legislador francés de 1790: "Bajo ningún pretexto y en ningún caso el Tribunal de Casación podrá conocer del fondo de los asuntos....."

Es decir que la misión de la Corte de Casación no ha llegado en forma alguna a degenerar en un nuevo grado de jurisdicción. Sigue limitada a cuidar del respeto a las reglas jurídicas, pues como lo anota el mismo Gény "el sistema primitivo subsiste enteramente y no debe sufrir ninguna alteración en tanto que ponga al abrigo de la apreciación reguladora los hechos soberanamente constatados por los jueces de última instancia".

Sobre bases análogas a las antes explicadas se organizó la casación italiana "para mantener la exacta observancia de la ley según reza la ley de organización judicial de 6 de diciembre de 1865. La Corte cumple esa misión explica Chiovenda, "al revisar el juicio de derecho contenido en la sentencia de los magistrados esto es, el juicio sobre la existencia o inexistencia de una norma abstracta de la ley y sobre su aplicabilidad o no aplicabilidad a cada caso concreto".

El motivo fundamental del recurso en la legislación italiana es el de haberse violado la ley o haberse hecho una falsa aplicación de ella. Al lado de ese motivo se enumeran otros relacionados con los errores in procedendo, completamente ajenos todos a la cuestión de apreciación de los hechos. "En el art. 517 del Código de Procedimiento Civil Italiano, comenta el mismo expositor, violación de la ley significa error en el juicio de derecho, esto es, negación o mal entendimiento, de una norma abstracta de la ley existente, o afirmación de una norma abstracta inexistente. La falsa aplicación es una forma de violación de la ley que se da ordinariamente cuando, aún entendiendo rectamente una norma en sí misma, se hace aplicación de ella a un hecho no regulado por ella, o se aplica de una manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley..."

Todo lo anterior es procedente para explicar el sistema colombiano de casación, que se basa en el mismo principio fundamental de la casación francesa, a saber: es la infracción de la ley lo único que en realidad puede determinar la infirmación del fallo acusado, fuera de los errores in procedendo.

En realidad la primera causal de casación establecida por el legislador colombiano es la misma consagrada tanto en la ley francesa como en la ley italiana: violación de la ley.

En esa violación de la ley ha podido incurrir el fallador de tres maneras: a) por infracción directa; b) por errónea interpretación; c) por aplicación indebida.

Pero la aplicación indebida, en el sistema colombiano, por expresa disposición legal, puede realizarse en una de estas tres formas:

Primera. Cuando—entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho—se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley;

Segunda. Cuando se da como probado un hecho alegado como básico pero que manifiestamente no ha ocurrido, o viceversa, y sobre esa base se aplica la respectiva disposición legal—desde luego de una manera indebida—a un hecho, inexistente, o se deja de aplicar a un hecho existente;

Tercero. Cuando la indebida aplicación proviene de que a una prueba se le ha dado un mérito distinto del que expresamente le atribuye la ley o se le ha dado el mismo que ella le ha fijado, pero fuera de las condiciones o sin los requisitos que la misma ley exige para que se la estime así.

En el segundo de los aludidos casos no es la mala o errada apreciación que el juez de la causa haya hecho de las pruebas lo que puede fundar la casación. No basta, para que haya lugar a ésta, que se acredite una errónea, mala, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el supuesto de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de prueba haya llegado a dar por resultado un verdadero, evidente o manifiesto error de hecho que a su turno implique una infracción de la regla jurídica, por haber sido ésta indebidamente aplicada a un hecho inexistente o no aplicada a un hecho existente. De tal manera que en el caso que se estudia lo que en realidad puede determinar la infirmación del fallo es la violación de la ley producida por la aplicación de ésta sobre la base de un error manifiesto de hecho si es que a éste se ha llegado como consecuencia de la errada apreciación de la prueba.

"En toda disposición legal—dijo en admirable síntesis el jurisconsulto colombiano Julián Restrepo Hernández—encontramos dos cosas, dos elementos infaliblemente: el elemento material y el elemento formal. El primero, el material, no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna. Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis, base de sus disposiciones, el caso de la ley, como dicen los prácticos. El otro elemento, el formal, el jurídico, es la conclusión jurídica que la ley saca del hecho, es la verdadera disposición legal que consagra derechos e impone obligaciones; es el efecto legal y jurídico del hecho".

Lo dicho por el doctor Restrepo Hernández sirve para explicar que el legislador colombiano haya partido de la base de que a la violación de la ley puede llegarse no sólo cuando se le da al hecho probado un efecto legal y jurídico distinto del atribuído a él por el elemento formal de la disposición legal, sino también cuando, por un error manifiesto, se ha aplicado el elemento formal de la disposición sobre el supuesto de que ocurrió un hecho que en realidad no ocurrió o de que no aconteció uno que manifiestamente sí aconteció.

Eso mismo hace ver claramente que el error de hecho supone que la cuestión de hecho no es dudosa. "Para que haya error evidente de hecho—ha dicho la Corte—es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa". Sólo cuando no hay lugar a dudas o vacilaciones serias en cuanto a la existencia u ocurrencia de determinado hecho, y a pesar de ello el Tribunal ha partido de una base contraria a esa realidad, puede llegar la Corte a casar la sentencia acusada porque sólo entonces puede hablarse de una violación de la ley producida por una aplicación de ésta sobre la base de un error manifiesto de hecho resultante de la errónea apreciación de la prueba. Pero cuando ésta—la mala apreciación de la prueba—no ha dado por resultado un error manifiesto de hecho que a su turno implique la violación de la ley, no puede la Corte entrar a rectificar y enmendar tal apreciación.

En el caso de error de derecho hay una contravención a la ley que establece y valora la prueba respectiva y además una indebida aplicación de la regla jurídica en que se apoya el fallo puesto que el error de derecho condujo a dar ilegalmente como probado un hecho que no lo estaba, o viceversa, y consecuencialmente a aplicar la disposición sobre una base falsa.

En síntesis: la causal de casación es siempre e invariablemente la violación de la ley sustantiva en el caso del inciso primero del artículo 520 del C. J., y nunca la errónea apreciación de la prueba por sí misma. Esta errónea apreciación no tiene importancia en casación sino cuando como resultado de ella se ha incurrido en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que envuelva una contravención a la ley, por indebida aplicación, o en un error de derecho que implique la indebida apicación. Y el error manifiesto no se concibe sino cuando la cuestión de hecho no ofrece dudas, y, no obstante eso, el fallador ha partido de la base de que ocurrió lo que manifiesta e indudablemente, no ocurrió o viceversa.

Pero además es necesario en todos los casos que la infracción legal haya tenido una efectiva incidencia sobre la parte resolutiva del fallo. Si dicha parte resolutiva encuentra en la parte motiva fundamentos suficientes distintos e independientes de aquél o aquéllos que justifican la acusación, tampoco hay lugar a la casación, porque entonces no ha habido violación de la ley sino razonamientos infundados pero inconducentes sin los cuales se habría llegado al misma resultado.

Estudio del primer cargo

La Corte considera:

1) Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que se aduzca una doble prueba, a saber:

a) Que ha habido una "perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad", según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la "capacidad de obrar razonablemente", como dice el Código suizo; b) Que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato.

2) Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa, desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico.

3) Respecto de la segunda de las aludidas pruebas conviene anotar que si bien es cierto que puede admitirse, como lo admiten algunos de los grandes tratadistas franceses contemporáneos, que la prueba en cuestión puede consistir en una presunción resultante de que el enajenado estuvo en estado más o menos constante de demencia, tanto en el período anterior como en el período posterior al respectivo acto jurídico, no es menos cierto que de todos modos se necesita probar—así sea por medio de una presunción como esa—la demencia en el momento mismo de la celebración del contrato.

4) Es muy ilustrativa al respecto la doctrina francesa, que distingue los actos de los dementes que nunca han estado en interdicción, de los actos anteriores al decreto de interdicción cuando éste ha llegado a pronunciarse después, así como de los actos de los dementes que, no estando en interdicción, han sido asilados en un sanatorio.

Respecto de los primeros—que son los que interesan en el presente caso—dicen Planiol et Ripert: "La demencia no es siempre continua y completa; está a menudo interrumpida por intervalos lúcidos. Cómo probar que en el momento preciso en que ha sido ejecutado el acto que se ataca, el enajenado estaba privado de su razón? Esta prueba es con frecuencia difícil, aunque se pueda hacer por todos los medios puesto que se trata de un simple hecho. Partiendo de esta base, la jurisprudencia se contenta casi siempre con una presunción resultante de que el enajenado estuviese en estado más o menos constante de demencia tanto en el período anterior como en el período posterior al acto atacado. Los tribunales llegan así a la cuasi certidumbre de la demencia en el momento del acto, a menos que quienes sostienen la validez de esto establezcan ciertas circunstancias que hagan ver un intervalo lúcido en ese momento. Este procedimiento no es sino la plicación del derecho común que le permite al juez, cuando la prueba testimonial es posible, decidirse por simples indicios.

Siendo tal la apreciación de puro hecho, no cae bajo la censura de la Corte de Casación. Es por lo demás una presunción análoga la que permite la anulación de los actos del demente aislado. Esta es todavía más fuerte en cuanto el encierro hace presumir la nulidad del acto del loco, sin que el demandante tenga que demostrar la existencia de la locura en el período anterior y en el período posterior". (T. I, Nº 725).

5) El Tribunal estimó que el actor no había probado ninguna de las dos circunstancias antes aludidas, es decir, llegó a la conclusión de que las pruebas presentadas no demostraban que el señor Vélez Villa al celebrar el contrato sufriera una perturbación patológica de su actividad psíquica que lo privara de la capacidad de obrar razonablemente.

Que la apreciación de las pruebas hecha al efecto por el Tribunal revele o no buen criterio por parte de éste o que tal apreciación puede o no ser compartida por la Corte, son cuestiones que ésta nó tiene que estudiar por lo que arriba se explicó. La Corte tiene que respetar la apreciación que el Tribunal haya hecho de las pruebas porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni a rectificar el criterio del juez de la causa sobre las cuestiones de hecho. Lo único que a la Corte le incumbe averiguar, al examinar el cargo que se estudia, es si hubo una contravención a la ley resultante de un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. Es decir, que en el caso presente lo que hay que examinar es si aparece de un modo manifiesto en los autos que el señor Vélez Villa, al celebrar el contrato cuya nulidad se pretende, padeció una perturbación patológica de su actividad psíquica

que hubiera suprimido la libre determinación de su voluntad o lo hubiera privado de la capacidad de obrar razonablemente o, en una palabra, no le hubiera permitido dar un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como creador del respectivo vínculo jurídico.

6) Pero es el caso que nada de esto aparece de un modo manifiesto en los autos. De los diversos elementos probatorios antes aludidos sólo podrían sacarse—en el mejor de los casos y en el supuesto de poderles dar a las opiones de los doctores Pizano y Quintero y a las declaraciones de las testigos Velásquez, Rojas, Zavala y Euse de Z. toda la fuerza probatoria que el recurrente les atribuye—las siguientes conclusiones:

a) Que don Miguel Vélez Villa padeció desde algún tiempo antes de su muerte de melancolía ansiosa, caracterizada por ideas delirantes de ruina;

b) Que Vélez en algunas ocasiones, lloraba, se agitaba, se daba golpes, se enojaba, se aislaba, se apretaba la cabeza, se tiraba el pelo, amenazaba y repetía que su mujer y sus hijos iban a morir de hambre por culpa suya;

c) Que varios meses después de celebrar el negocio tantas veces mencionado fue internado en el manicomio de Medellín en virtud del ya aludido certificado de los doctores Quintero y Pizano, quienes se limitaron a afirmar que entonces Vélez Villa estaba en estado de enajenación mental caracterizada por ideas delirantes de ruina, manifestándose éstas algunas veces en forma ansiosa, con tendencias al suicidio y que tal enfermedad había empezado aproximadamente un año antes; y,

d) Que el director del manicomio departamental certificó sobre la muerte del expresado Vélez Villa en estos términos, sin dar ninguna explicación con respecto a su aseveración y sin exponer fundamento alguno al respecto: "El señor Vélez Villa murió en estado de demencia en la madrugada del dos de agosto de mil novecientos treinta y tres."

7) Como no se sabe qué gravedad revistiera esa melancolía ansiosa de que hablan los doctores Quintero y Pizano; como se ignora con qué frecuencia y cuántas veces y en qué ocasiones se presentaron los accesos de ansiedad; como los dos médicos se refieren de una manera vaga a la época anterior a la expedición de los certificados, sin explicar nada claramente sobre la evolución de la enfermedad y sin concretar nada con respecto a la época en que se celebró el negocio de que se trata, es imposible sacar de las conclusiones antes enumeradas la consecuencia de que en los autos aparece de un modo manifiesto que Vélez Villa, al celebrar el contrato cuya nulidad se pretende, tenía tan desarregladas sus facultades psíquicas que no podía obrar razonablemente ni crear con la manifestación de su consentimiento un vínculo jurídico.

8) Fuera de las consideraciones que acaba de hacer la Sala, median las siguientes razones para afirmar que no aparece de un modo manifiesto en los autos que el señor Vélez Villa estuviera privado de la facultad de obrar razonablemente en el momento de celebrar el contrato: a) Los mismos médicos Quintero y Pizano, al ser repreguntados por el demandado, dijeron que la personalidad consciente de Vélez Villa no estaba abolida, aunque sí PROBABLEMENTE trastornada; explicaron que en la melancolía hay intermitencias más o menos largas; manifestaron que el señor Vélez Villa tenía días en que su salud era buena y, finalmente, aclararon sus certificados en el sentido de que NO TUVIERON LA INTENCION DE ASEGURAR EN NINGUNA FORMA QUE CUANDO DICHO VELEZ CELEBRO EL CONTRATO CUYA NULIDAD SE PIDE, ESTUVIERA EN ESTADO DE DEMENCIA O FUERA DE JUICIO; b) Para hablar en este caso de error manifiesto de hecho sería menester que científicamente se pudiera afirmar—y esto no es posible (véanse: Bumke, ed. esp., págs. 212 y 521; Haymann y Stern, ed. esp., 1933, p. 202; Bleuler, p. 352)—que la melancolía ansiosa, caracterizada por ideas delirantes de ruina, se presenta siempre con tales caracteres de gravedad que excluye inevitablemente la libre determinación de la voluntad y con tales caracteres de constancia o permanencia que excluye la presunción o la probabilidad de períodos más o menos largos y frecuentes de completa tranquildad y lucidez; c) De las muchas y autorizadas declaraciones rendidas a petición del demandado resulta que en la época en que Vélez celebró el contrato, ninguno de los declarantes observó nada que pudiera revelar en Vélez Villa una perturbación patológica que le impidiera darse plena y cabal cuenta de lo que hacía, siendo de advertir que estas declaraciones tienen una importancia mucho mayor de la que les asigna el recurrente porque tratándose de una melancolía ansiosa los hechos sobre los cuales pueden declarar los profanos tienen una grande importancia por lo menos para establecer que no estaba el paciente en un acceso de ansiedad cuando fue visto por los testigos, pues la ansiedad se traduce en movimientos de desesperación susceptibles de ser observados y apreciados por los testigos.

(Véanse: Haymann y Stern, p. 203; Bleuler, p. 355; Krafft—E., p. 146).

9) "En el espíritu del legislador—anotaron hace ya mucho tiempo Krafft-Ebing y Rémond (edición 1911)—la forma de la enfermedad mental no tiene ninguna importancia en la existencia y la gravedad de la enfermedad.....

Toda sicosis no acarrea por sí misma la incapacidad civil... Una vez que la existencia de la enfermedad mental se haya establecido, el experto tendrá que indicarle al juez la influencia que esta enfermedad pueda tener sobre las determinaciones voluntarias, las acciones y las omisiones del interesado, así como la duración probable de la enfermedad..." En el caso que se estudia faltan esos elementos cabalmente y por falta de ellos no puede la Corte afirmar que en el proceso aparezca manifiestamente establecida una perturbación patológica de la actividad psíquica de Vélez Villa concomitante a la celebración de contrato y suficientemente grave para privarlo de la facultad de obrar razonablemente. En el mejor de los casos pudiera considerarse como manifiestamente establecido el hecho de que adoleció de una sicosis, pero como lo explican muy bien los autores citados, no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Es cierto que al expediente se trajo, en copia, un dictamen rendido por los mismos doctores Quintero y Pizano, en un juicio distinto, en que no fue parte el actual demandado, dictamen en el cual, después de aseverar dichos doctores que Vélez Villa presentaba en esa fecha un estado de melancolía ansiosa caracterizada por gran excitación constante, caracterizada con ideas de ruina, agregan que "de unos tres años a esta parte todos sus negocios los ha hecho de una manera inconsciente, sin una noción clara y precisa de los exgerados compromisos que esos negocios le imponían", pero el caso es que a estas apreciaciones —que, si se hubieran presentado debidamente en el presente juicio y no hubieran sido contradichas o rectificadas por los mismos médicos, podrían constituir algo así como un principio de cumplimiento de la misión que los autores citados le señalan en estos casos a los expertos siquiatras— no son, ni con mucho, bastantes para poder llegar a la conclusión de que el Tribunal incurrió en realidad en un error de hecho, por la sencilla razón de que tanto el doctor Quintero como el doctor Pizano, al ser contrainterrogados más tarde por el demandado, se expresaron —usando uno y otro las mismas palabras— de esta suerte: "Es verdad que cuando expedí el certificado para ver que se aislara al señor Vélez en el manicomio del Departamento, así como también cuando en asocio del doctor Pizano R., expedí otro con el fin de que al mismo señor se le excusara de servir el cargo de tutor de unos menores, que entonces ejercía, por considerar que ese cargo le era perjudicial dado el mal estado de salud mental en que se encontraba, NO FUE MI INTENCION LA DE ASEGURAR EN NINGUNA FORMA QUE CUANDO DICHO VELEZ V. CELEBRO UN NEGOCIO SOBRE VENTA DE UNA FINCA O DE UNAS FINCAS AL SEÑOR VALENTIN GONZALEZ C., ESTUVIERA EN ESTADO DE DEMENCIA O FUERA DE JUICIO".

Cuando se le preguntó al doctor Pizano si había tenido conocimiento de que don Miguel Vélez había sido un magnífico administrador de sus fincas, contestó:

"En puridad de verdada no sé ni puedo afirmar si el señor Vélez V. sería buen o mal administrador de sus negocios".

Cuando se le interrogó acerca de si Vélez Villa era sujeto tímido y timorato, o, por el contrario, hombre afable y de conversación amena, dijo: "En tesis general afirmo que a mi modo de ver el señor Vélez Villa era un sujeto un poco timorato y retraído, lo cual no impedía para que al entrar en conversación con él se manifestara afable, simpático y aún ameno. ESTO EN LOS DIAS EN QUE ESTABA EN BUEN ESTADO DE SALUD". Al ser interrogado el mismo médico acerca de si en su concepto sufría don Miguel Vélez frecuentes delirios, replicó: "Sí observé en el enfermo de que me ocupo delirios frecuentes, PERO NO PUEDO PRECISAR CON QUE INTERVALOS SOBREVENIAN". Cuando se le pidió que explicara en cuál de los tres períodos de la melancolía se encontraba Vélez Villa el 18 de mayo de 1933, y cuáles eran las características de cada uno de esos períodos, se limitó a exponer: "No teniendo, como no tenía al paciente señor Vélez como un caso especial para hacer una conferencia o un estudio didáctico sobre su estado mental, NO ME INTERESO DE MODO DIRECTO O EXCLUSIVO LA MANERA DE ACTUAR DE ESE ENFERMO EN UNO U OTRO DE LOS PERIODOS EN QUE EL AUTOR DE MEDICINA EN QUE EL PREGUNTANTE SE HA BASADO PARA FORMULAR SUS

REPREGUNTAS, DIVIDE LA MELANCOLIA. Esa división, huelga expresarlo, es por demás esquemática y teórica..." Al ser requerido para que concretara los trastornos observados en la afectividad, en la conciencia y en la personalidad de don Miguel Vélez, dijo: "Entre los trastornos de afectividad anotados en el enfermo los más notables que recuerde eran la tristeza, angustia, inquietud y ansiedad. MAS COMO NO LLEVE POR ESCRITO LA HISTORIA CLINICA DE DICHO PACIENTE, ME RESULTA IMPOSIBLE ANOTAR ENTRE LOS MULTIPLES DATOS QUE ME PIDEN, QUE TRASTORNOS SUFRIA EN SU CONCIENCIA Y PERSONALIDAD". Al serle formulada al doctor Pizano una pregunta tendiente a hacerle concretar su concepto sobre si la personalidad consciente de Vélez estaba abolida, o simplemente trastornada, dijo: "La personalidad consciente en don Miguel no estaba abolida. Ttrastornada, sí, PROBABLEMENTE, mas no es posible recordar todos estos trastornos en forma detallada". Cuando se le exigió su concepto acerca de los períodos de lucidez en la melancolía, explicó: "Es verdad que en los accesos de locura hay intermitencias mas o menos largas que son muy variables con las diversas formas de sicosis, entre ellas la melancolía. En dichos intervalos hay lucidez, cuando logran dominar su delirio". En el mismo sentido contestó el doctor Quintero las mismas preguntas. Es claro que mediando todas esas restricciones, rectificaciones y salvedades que los mismos médicos se encargaron de hacer con respecto al contenido en sus dos certificados, no podría apoyarse en estos la Corte — ni siquiera en la hipótesis de que las declaraciones de las sirvientas y vecinas constituyeran un verdadero complemento de lo expuesto por los dos médicos — para concluir que el Tribunal incurrió, como lo pretende el recurrente, en un manifiesto error de hecho.

10) En casos como el de que se trata, la fuerza probatoria de un dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, "se aprecia por el juez conforme a las reglas de la sana crítica, y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen". El Tribunal, teniendo en consideración que los propios médicos dijeron y repitieron que no eran expertos en siquiatría; tomando en consideración la circunstancia de que los dos certificados fueron rendidos sin intervención del demandado, que constantemente demostró desconfianza con respecto a los conocimientos que pudieran tener en siquiatría los nombrados doctores, y partiendo de la base de que tales certificados no se caracterizan propiamente por la precisión y certidumbre de los conceptos, estimó que, aún en el supuesto de aceptar como dictamen pericial las exposiciones de los dos médicos, no podían éstas producir la convicción necesaria para dar por probado o establecido el hecho básico de la demanda. En esas circunstancias —y siendo obvio por lo demás que el diagnóstico hecho por los doctores Pizano y Quintero no aparece suficientemente fundamentado, pues ellos no expusieron, como lo pide con razón Bleuler, "al mismo tiempo que los síntomas específicos, los matices específicos de los síndromes", ni explicaron claramente la influencia que la enfermedad por ellos diagnosticada hubiera podido tener sobre las determinaciones voluntarias de Vélez Villa cuando celebró el contrato— la Corte, aun independientemente de las consideraciones contenidas en los párrafos anteriores, encontraría un obstáculo insuperable en la misma imprecisión de los conceptos de los médicos para constatar un error manifiesto de hecho determinante de una violación de la ley.

Estudio del segundo cargo

La Corte considera:

1) En primer lugar no puede hablarse en casación de "error de hecho que conduce a una apreciación errónea de la prueba", ni mucho menos alegar que, como consecuencia de un error de hecho, se violó el art. 702 del C. J., que es un texto concerniente al valor probatorio de las declaraciones contradictorias entre sí, pues, de una parte, ya está visto que no es el error de hecho el que puede conducir a una errónea apreciación de pruebas, sino ésta la que puede llegar a causar un error manifiesto de hecho que puede determinar la casación del fallo recurrido si implica una violación de la ley sustantiva y, de otra parte, a la violación del expresado art. 702 del C. J. no puede llegarse sino como resultado de un error de derecho, ya que la contravención a la ley que establece y valora la prueba respectiva es lo que cabalmente constituye el error de derecho.

2) Pero aún suponiendo que el cargo estuviera formulado debidamente, también

tendría que ser desechado por la sencilla razón de que cualquiera que haya sido la importancia atribuída por el Tribunal al certificado del doctor Bernal Moreno, lo evidente es que el fundamento esencial del fallo del Tribunal es el de la insuficiencia de la prueba aducida por el actor para demostrar, siquiera fuese por presunciones, la demencia de Vélez Villa en el momento de la celebración del contrato. De tal manera que aun descartado por completo el certificado del doctor Bernal Moreno —que en la argumentación del Tribunal no desempeña sino un papel muy secundario— la parte resolutiva de la sentencia encontraría apoyo suficiente en la consideración insistentemente repetida por el Tribunal, y no invalidada por el primero de los cargos del recurrente, de la falta de prueba sobre los hechos básicos de la demanda. En otros términos, suponiendo que el Tribunal hubiera incurrido en un error de derecho al valorar la prueba de que se trata, ese error de derecho no tendría incidencia sobre la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal.

3) Por otra parte, tampoco es exacto que haya habido error de derecho del Tribunal en la apreciación de esa prueba. El Tribunal no le dio al aludido certificado más valor del que legalmente estaba autorizado para darle conforme al art. 699 del C. J.

Estudio del tercer cargo

La Corte considera:

1) Que como antes se explicó, las declaraciones de las personas que aseguran haber visto a Vélez Villa en estado normal cuando se celebró el contrato, sí tienen un valor jurídico apreciable porque de ellas se desprende, por lo menos, que aquél no estaba entonces en uno de esos momentos de ansiedad, que son los que pueden en estos casos producir la obnubilación del conocimiento, y que son fácilmente perceptibles aún para los profanos en siquiatría porque se manifiestan por movimientos desesperados (véanse: Nayman y Stern, p. 203; Bleuler, p. 92). En otros términos: con esas declaraciones se prueba un hecho susceptible de ser probado por testimonios, a saber: que cuando se celebró el contrato no se observaron en Vélez Villa movimientos desesperados, actitudes anormales, agitaciones o excitaciones que llamaran la atención, manifestaciones de angustia, etc. De ese hecho pudo deducir el Tribunal cuando menos que no estaba entonces Vélez Villa en un acceso de ansiedad, pues los accesos de ansiedad se traducen precisamente en movimientos o actitudes de esas que, según todos los testigos, no se observaron en Vélez Villa cuando se celebró el contrato.

2) Por otra parte, las declaraciones en cuestión no son declaraciones contradictorias con las invocadas por el actor sino declaraciones que versan sobre hechos distintos cuya comprobación sirve para aclarar, precisar y determinar el limitado alcance probatorio de las pruebas aducidas por el actor. Que los testigos mencionados no observaron en Vélez Villa al celebrarse el contrato movimientos de desesperación o manifestaciones de angustia o actitudes anormales, no quiere decir que en otras ocasiones no hubiera tenido esos movimientos, actitudes o manifestaciones, ni significa que no haya podido Vélez Villa sufrir una melancolía ansiosa, pero sí pone de manifiesto que en el momento de la celebración del contrato no estaba Vélez Villa en uno de esos accesos de ansiedad que describen los testigos María Emma Velásquez, Ana T. Rosas, E. Zabala y Euse de Z., y que son los que pueden producir transitoriamente la obnubilación del conocimiento.

3) Pero aun en el supuesto de que el Tribunal no le hubiera podido reconocer valor probatorio alguno a las declaraciones en cuestión y en la hipótesis de que hubiera incurrido en un error al atribuirles el mérito que les atribuyó, no por ello se podría infirmar la sentencia con fundamento en el cargo que se estudia, pues, como ya se ha explicado, subsistiría como base suficiente de la parte resolutiva los razonamientos que el Tribunal hace sobre la falta de una prueba que permita afirmar con certidumbre la demencia de Vélez Villa cuando celebró el contrato. Las consideraciones del Tribunal sobre falta de prueba no se basan en las declaraciones de que se viene hablando. Independientemente de éstas el Tribunal sostiene que no hay prueba suficiente sobre la demencia concomitante a la celebración del contrato. Sólo a mayor abundamiento y para relievar todavía más la exactitud de su apreciación sobre falta de pruebas, estudia dichas declaraciones para sacar de ellas consecuencias que, según lo visto, ni implican una violación del art. 702, ni implican error manifiesto de hecho o error de derecho.

Estudio del cuarto cargo

La Corte considera:

1) Como arriba se observó de acuerdo con el art. 723 del C. J., cuando el dictamen peri-

cial no versa sobre avalúos o regulaciones en cifras numéricas o sobre hechos sujetos a los sentidos o sobre cuestiones que los peritos expongan, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos, sino que se limita a presentar presunciones, inferencias, juicios y deducciones, el juez tiene una gran libertad de apreciación, y puede —tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos y varias otras circunstancias— darle al dictamen la fuerza probatoria que las reglas de la sana crítica aconsejen. Es obvio que si con un dictamen pericial, rendido con toda la plenitud de las fórmulas exigidas por la ley, tiene el juez esa libertad de apreciación en tales casos, con mayor razón la tiene cuando se trata de presunciones, inferencias, juicios y deducciones como los que presentan los doctores Pizano y Quintero en los certificados que figuran en el expediente y en las declaraciones que rindieron.

2) Si bien es cierto que no tratándose, como no se trata, de probar un acto jurídico sino de probar un hecho jurídico—, son en principio, admisibles todos los medios de prueba, es claro que la aplicación de este principio de la libertad de prueba no implica la consecuencia de que el juez tenga que llegar forzosamente a la convicción del hecho jurídico con pruebas que, siendo admisibles, no tengan el carácter legalmente establecido de plenas, y no liguen por consiguiente al fallador, que conserva con respecto a ellas el derecho de apreciarlas conforme a su criterio. Si se tratara de hechos sujetos a los sentidos y susceptibles de ser apreciados por cualquier persona, se habría podido decir que el juez incurrió en un error de derecho al no darles el valor de plena prueba a las declaraciones rendidas a petición del actor. Pero como se trata de hechos sobre los cuales aún los más expertos siquiatras sólo pueden presentar "presunciones, inferencias, juicios y deducciones" sujetos a la libre apreciación del juez, es obvio que el Tribunal en ningún error incurrió al echar de menos un verdadero dictamen pericial, ya que ni siquiera en el caso de que éste hubiera sido rendido con todas las formalidades legales hubiera quedado aquél atado a los conceptos de los peritos.

3) Finalmente, si el Tribunal, por una parte, echa de menos como elemento probatorio un verdadero dictamen pericial, de otro lado —independientemente de todo reparo sobre la forma misma de la prueba— explica que la aducida por el actor fue, en sí misma, tan incompleta y deficiente, que no era posible llegar, en vista de ella a la conclusión de la demencia de Vélez Villa concomitante a la celebración del contrato. Y esta última consideración —que conservaría todo su valor aunque de la parte motiva del fallo se borraran cuantas frases aluden a un posible dictamen pericial— constituiría un fundamento suficiente de la parte resolutiva en el supuesto de que fueran injurídicas las opiniones sobre la necesidad de la prueba pericial.

Estudio del quinto cargo

La Corte considera:

La cuestión de la ratificación a que se alude en este quinto cargo no incidió en forma alguna sobre la parte resolutiva de la sentencia. Válida o no tal ratificación, el Tribunal tenía que llegar a la conclusión a que llegó una vez que en su sentir no se comprobó el hecho de la demencia: demencia de Vélez V. concomitante a la celebración del contrato. La misma vaguedad con que se formuló este quinto cargo, en que todo es impreciso —hasta esa referencia a violación de una disposición sustantiva del derecho para violar el derecho fundamental alegado en el numeral primero— pone de manifiesto que no hay allí factor o elemento alguno que pudiera siquiera dar lugar a vacilaciones sobre la no infirmación del fallo.

En mérito de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar y por ello no infirma la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 24 de mayo de 1935. Costas a cargo del recurrente.

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

Eduardo Zuleta Angel.—Liborio Escallón.

Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J.—Juan Francisco Mújica.—Aníbal Rocha.—Pedro León Rincón, Srio.

SOCIEDAD CONYUGAL—IMPOSICION DEL HABER SOCIAL; CREDITO DERIVADO DE UN CONTRATO DE MUTUO CELEBRADO POR LA MUJER.—PAGO HECHO DE BUENA FE AL POSEEDOR DE UN CREDITO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, abril veintitrés de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Hechos

1º—Por documento privado de 1º de enero de 1921, la señora Elpidia M. de Ramírez, como deudora principal, en virtud de un contrato de mutuo, y el señor Carlos Ballesteros, como fiador solidario mancomunado, se obligaron a pagar a la señora María del Carmen de Peñuela la suma de $ 1,000.00 y sus intereses al 2% mensual.

2º—En la expresada fecha la señora María del Carmen de Peñuela estaba casada con el doctor Víctor Peñuela Rodríguez.

3º—Después de fallecido éste la señora María del Carmen de Peñuela le cedió al señor Carlos Julio Téllez la acreencia aludida, y le notificó al respectivo deudor esa cesión.

4º—El cesionario Téllez promovió, para el cobro del crédito referido, un juicio ejecutivo en el cual el ejecutado Carlos Ballesteros propuso varias excepciones que tanto el Juez como el Tribunal declararon no probadas.

5º—Posteriormente el propio ejecutado Ballesteros demandó en juicio ordinario al precitado cesionario Téllez, al señor Florentino Alvarez—que a su turno vino a ser cesionario de Téllez después—y a la señora de Peñuela para que, por sentencia definitiva, se hicieran las siguientes declaraciones: "Primero. Que es nulo el contrato de mutuo celebrado entre la señora María del Carmen Téllez de Peñuela, y la señora Elpidia M. de Ramírez, por la cantidad de mil pesos, con intereses al dos por ciento mensual, en el cual serví de fiador, contrato que se hizo constar en documento privado de fecha 1º de enero de 1921, crédito que fue cedido por la señora de Peñuela al señor Téllez el 22 de octubre de 1928, quien demandó ejecutivamente ante el Juzgado 4º del Circuito de Bogotá, cedido por Téllez al señor Alvarez el 17 de julio de 1930, nulidad que consiste en que la señora de Peñuela el 1º de enero de 1921 se hallaba casada con el señor Víctor Peñuela Rodríguez, para cuya celebración no fue autorizada. Segundo. Que como consecuencia del punto anterior, se ordene cesar el juicio ejecutivo promovido por el señor Carlos Julio Téllez, como cesionario de la señora Téllez de Ramírez, actualmente cedido a Florentino Alvarez, contra Carlos Ballesteros; en el cual juicio sirve de título ejecutivo el expresado crédito, y se decrete el desembargo de los bienes que lo estén. Juicio que como ya se dijo, cursa ante el Juzgado 4º de este Circuito. Tercero. Que en subsidio de los puntos anteriores, se declare que el contrato de mutuo a que se refiere el precitado documento del 1º de enero de 1921, fue celebrado durante la sociedad conyugal habida entre el señor Víctor Peñuela Rodríguez y María del Carmen Téllez de Peñuela y que es a la sociedad conyugal formada entre éstos a quien pertenece tal crédito y quien únicamente puede demandar lo estipulado, y no la nombrada señora María del Carmen Téllez de Peñuela y sus cesionarios. Cuarto. Que como consecuencia de los puntos anteriores se declare que las cesiones hechas por la señora María del Carmen Téllez de Peñuela al señor Carlos Julio Téllez y la hecha por éste a Florentino Alvarez, del crédito en referencia, con fecha 22 de octubre de 1928 y 17 de julio de 1930, respectivamente, no tienen valor por cuanto la cedente no era dueña del crédito y no tenía personería para transferir el dominio de él y por consiguiente, los cesionarios no adquirieron dominio alguno, lo cual les quita toda personería para cobrar ejecutivamente la acreencia y por consiguiente, debe cesar la ejecución contra mí. Quinto. Que se declare que la señora Elpidia M. de Ramírez pagó a la señora María del Carmen Téllez de Peñuela, por cuenta del capital del documento en referencia, la suma de novecientos setenta y ocho pesos e intereses de esta suma desde el 28 de septiembre de 1924, de conformidad con las cartas de 16 y 28 de septiembre, ambas de 1924, dirigidas por la señora Téllez de Peñuela a la señora de Ramírez, y que por ende la ejecución sólo

puede seguir adelante por la mencionada suma de veintidós pesos y sus intereses desde el 28 de septiembre de 1924. Sexto. Que igualmente se declare que son nulas y de ningún valor las cesiones hechas por la señora María del Carmen Téllez de Peñuela al señor Carlos Julio Téllez, y la hecha por éste al señor Florentino Alvarez, con fecha 22 de octubre de 1928 y 17 de julio de 1930, respectivamente, por falta de personería de los cedentes, como por no haber habido intención de transferir el dominio por parte de los tradentes, ni de adquirirlo por parte de los cesionarios, ni haber pagado el precio éstos, ni poder ser materia de donación por razón de la cuantía, lo que indica falta de personería de los ejecutantes. Séptimo. Que se condene en las costas del presente juicio a los demandados".

II

Sentencia acusada

Absueltos los demandados por sentencia de 11 de octubre de 1933, dictada por el Juez de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, ante el cual fue apelado dicho fallo, resolvió, en providencia de 30 de marzo de 1935: a) Que no era el caso de hacer las declaraciones pedidas en los numerales primero, segundo y primera parte del tercero de la demanda; b) Que el crédito en referencia "no fue adquirido por María del Carmen Téllez de Peñuela"; c) Que la cesión de dicho crédito hecha por María del Carmen Téllez de Peñuela a Carlos Julio Téllez, así como la que éste hizo a Florentino Alvarez, "no transmitieron dicho crédito, ni los cesionarios nombrados lo adquirieron, ni pueden cobrarlo judicialmente"; d) Que debía terminar la ejecución seguida por Carlos Julio Téllez y después por Florentino Alvarez, contra Carlos Ballesteros.

Para fundar su negativa con respecto a las declaraciones pedidas en los numerales primero y segundo de la demanda, el Tribunal expuso, en substancia, esto: Que estando instituída la incapacidad de la mujer casada en beneficio de la misma mujer y del marido (art. 1743 del C. C.), solamente ellos pueden demandar la nulidad resultante de haber obrado la mujer sin autorización del marido o del juez en subsidio.

El tercer pedimento lo didivió el Tribunal en dos partes: la primera de ellas—declaración de que el contrato de mutuo fue celebrado durante la sociedad conyugal Peñuela-Rodríguez Téllez, y de que es a ésta a quien pertenece el crédito, por lo cual sólo ella puede demandar lo estipulado—no podía prosperar, en concepto del Tribunal, "porque el demandante Ballesteros no puede hacer solicitudes a favor de extraños al juicio.... y porque las sentencias, por regla general, se limitan al reconocimiento de derechos pero no a declaraciones sobre ellos..."

La segunda parte del pedimento—declaración negativa en el sentido de que a la demandada María del Carmen de Peñuela no le pertenece el crédito, ni puede demandar lo estipulado — tenía que prosperar, a juicio del Tribunal, porque el referido crédito, en efecto, "ingresó a la sociedad conyugal Peñuela Rodríguez-Téllez, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1781 del C. C.", y porque no puede ser óbice para hacer tal declaración la cesión que dicha señora le hizo a Carlos Julio Téllez "pues es bien sabido que el cesionario ocupa el lugar del cedente".

La declaración sobre ineficacia de las cesiones para trasmitir el crédito a los cesionarios tenía que prosperar, en sentir del fallador, porque María del Carmen de Peñuela no había daquirido el crédito aludido "y por este motivo no pudo legalmente transmitirlo, porque nadie da lo que no tiene, (nemo, dat quod nono habet), principio éste consignado en el art. 752 del C. C.... La cesión de un crédito lleva consigo la trasmisión del mismo y ésta debe hacerse en la forma prescrita por los arts. 740 y 741 del C. C. y 33 de la ley 57 de 1887". "Aunque la cesión de un crédito ajeno fuese válida —agrega el Tribunal— sinembargo debe tenerse en cuenta que sería preciso dejar a salvo los derechos del verdadero dueño, pero como la tradición correspondiente debe ser hecha por el titular del crédito, hay que concluír que el cesionario en referencia "no adquiere derecho alguno si de él carecía el cedente".

Finalmente, expone el Tribunal, a este respecto, que el deudor cedido tiene interés jurídico en que el pago que efectúo lo liberte de su obligación, lo cual no acontecería con el que Carlos Ballesteros le hiciera a Téllez por no ser éste poseedor del crédito y no tener cabida en consecuencia lo preceptuado por el art. 1634.

Para razonar de esta suerte el Tribunal partió de la base —en lo que atañe a la última de las declaraciones aludidas — de que la súplica sobre falta de valor de las cesiones hay que entenderla en el sentido

de que con ella se pretendió simplemente conseguir que se declara que tales cesiones no habían transmitido derecho alguno al cesionario.

III

Fundamentos del recurso

Acusa el recurrente la sentencia, en primer término, por la segunda causal de casación: no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, lo que ocurre en este caso, en sentir de dicho recurrente, de un lado, porque el Tribunal, no obstante que partió de la base de que el presente juicio tiende a revisar la sentencia de excepciones, falló sobre cosas completamente ajenas a tales excepciones, y, de otro lado, porque el fallador dividió en dos partes la tercera súplica, desarticulándola indebidamente, para resolver la segunda parte en una forma que no guarda consonancia con lo pedido, pues el Tribunal declaró "que el crédito contenido en el documento no fue adquirido por María del Carmen Téllez de Peñuela" a tiempo que la segunda parte de la súplica en cuestión lo que dice textualmente es ésto: "y no la nombrada señora María del Carmen Téllez de Peñuela y sus cesionarios".

Acusa en seguida el recurrente el fallo por la primera causal de casación y formula al respecto dos cargos así: a) violación directa de los arts. 182 y 1743 porque todas las declaraciones que se piden tienen su origen en la incapacidad de la señora Téllez de Peñuela, y si el Tribunal, con apoyo de esos textos, negó las dos primeras súplicas, ha debido, con la misma razón, negar las otras; b) violación de todas y cada una de las disposiciones aplicadas en el fallo, al conceder el Tribunal una acción de que el fiador carecía.

El recurrente divide este segundo cargo en cinco puntos, así: 1) Aplicación indebida de los artículos 1781 y 1795 del C. C. porque el señor Ballesteros, que contrató con la señora Téllez a sabiendas de que era mujer casada, no tiene derecho, como extraño a la sociedad conyugal, para pedir declaraciones que sólo le interesan a ésta 2) Aplicación indebida de los artículos 740, 752 y 761 del C. C., 652 y 472 del C. J. y 33 de la Ley 57 de 1887, pues el Tribunal, no obstante lo dispuesto por tales textos y a pesar de las claras constancias del expediente, concluyó que la señora Téllez no era la verdadera dueña del crédito y que por lo tanto no pudo trasmitir nada al cesionario, cuando en realidad, según el recurrente, la señora Téllez sí era dueña del crédito; 3) Interpretación errónea e indebida aplicación del artículo 1795 del C. C., "porque éste establece una doctrina en forma positiva y el Tribunal la interpretó en forma negativa, basado en el error de derecho que, al través de su fallo, cometió al interpretar en sentido diametralmente opuesto las pruebas"; 4) Violación del artículo 1634 del C. C. "al sostener en su fallo el Tribunal que no puede hacerse pago de la obligación a quien representa actualmente los derechos de la cedente, porque ésta no era dueña del crédito, con lo cual no ha hecho otra cosa el Tribunal que encerrarse en un círculo vicioso, porque en todo el desarrollo de su fallo parte precisamente de una base falsa; que la señora de Peñuela no adquirió el crédito; que no adquiriéndolo, no puede cederlo; y que no pudiendo cederlo, los cesionarios no son dueños..." Agrega el recurrente en este punto que la aplicación indebida provino de que el Tribunal dejó de estimar los elementos probatorios analizados y que por ello su fallo está todo levantado sobre una base que el recurrente considera totalmente destruída por él; 5) Violación de los artículos 762 y 769 del C. C. porque, según los comprobantes analizados por el recurrente, la señora Téllez era dueña del crédito por ser poseedora de él, y tener en su favor la presunción que establece el último miembro del artículo 762, "y como la buena fe se presume —termina el recurrente— el Tribunal violó el artículo 769, puesto que invirtió el orden de las cosas declarando a los verdaderos poseedores del crédito poseedores de mala fe y todo por la errónea interpretación que le dio a las pruebas que actúan en favor de mi mandante".

"También violó el artículo 768 —dice finalmente el recurrente — porque le dio una aplicación indebida al caso del pleito, partiendo de la errónea interpretación que le dio a los comprobantes".

IV

Examen de los cargos

Nº 1º

SEGUNDA CAUSAL

Con respecto a los dos cargos formulados de conformidad con el ordinal segundo del artículo 520 del C. J. la Corte considera:

1º—Es cierto que el Tribunal dijo que lo que perseguía el actor Ballesteros era la re-

visión de la sentencia de excepciones, pero esto no significa — ni el fallador le dio a ese concepto el alcance que le atribuye el recurrente— que el Tribunal interpretara la demanda en el sentido de que ésta se limitaba exclusiva y únicamente a resolver las cuestiones planteadas en las excepciones del juicio ejecutivo. Si el Tribunal hubiera interpretado de esa suerte la demanda, la habría mutilado en una forma arbitraria, y si hubiera fallado sobre la base de esa mutilación, entonces sí habría podido decirse con razón por el actor que la sentencia no estaba en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La demanda ordinaria podía tender y tendió en efecto a la revisión de la sentencia de excepciones, sin que se limitara, como no se limitó, a plantear de manera exclusiva los puntos que habían sido materia de tales excepciones. Al lado de ellos, el demandante planteó otros, que debían necesariamente ser resueltos en la sentencia dictada por el Tribunal en el juicio ordinario, y que fueron en efecto allí decididos, sin que pudiera ser obstáculo para ello, como lo pretende el recurrente, la afirmación que hizo el fallador cuando dijo: "lo que persigue el actor Ballesteros, aunque no lo exprese claramente, es la revisión de la sentencia de excepciones...". Aún en el supuesto de que esta frase tuviera que intepretarse, como lo interpreta el recurrente, en el sentido de que, a juicio del Tribunal, LO UNICO que perseguía el actor era la revisión de la sentencia de excepciones, esa hipotética apreciación inexacta no habría podido tener, como es obvio, el poder de recortar la demanda y de circunscribirla a los puntos que fueron materia de las excepciones, para limitar a ello el fallo.

2º—Tampoco puede admitirse que la sentencia no esté en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el hecho de que el Tribunal haya encontrado contenidas dos súplicas en el tercero de los pedimentos y haya resuelto que no podía prosperar la primera de ellas pero que sí era procedente la segunda, y que, en consecuencia, era el caso de declarar que el crédito no fue adquirido por la señora de Peñuela.

Pidió el actor se declarara que el contrato de mutuo había sido celebrado durante la sociedad conyugal Peñuela Rodríguez - Téllez "y que es a la sociedad conyugal formada entre éstos a quien pertenece tal crédito y quien únicamente puede demandar la estipulada, y NO LA NOMBRADA SEÑORA MARIA DEL CARMEN TELLEZ DE PEÑUELA NI SUS CESIONARIOS".

En opinión del Tribunal no se podía declarar —porque para ello no tenía acción el actor, por falta de interés jurídico— que es a la sociedad conyugal a quien pertenece el crédito, pero sí se podía declarar —y así lo hizo el Tribunal— que no es a la nombrada señora María del Carmen Téllez de Peñuela a quien ese crédito pertenece. Al hacer esta declaración el Tribunal resolvió en consonancia con una súplica oportunamente formulada, sin que, como lo afirma el recurrente, haya quedado "flotando en el aire, sin que tenga dueño", el crédito aludido, por razón del fallo que se acusa. Dicho crédito sigue perteneciendo a quien pertenecía antes del fallo, como que el Tribunal al limitarse a acoger la última parte de la súplica, sin hacer declaración alguna relacionada con la primera parte, pretendió cabalmente no alterar ni modificar, con resoluciones que podían ser extemporáneas y que podían afectar a personas o entidades no citadas al juicio, la situación jurídica existente al iniciarse éste con respecto a la acreencia de que se viene hablando.

Finalmente: Si el Tribunal, por obvias exigencias de redacción, no empleó, al hacer la declaración relacionada con el tercer pedimento de la demanda, las mismas palabras que en dicho pedimento aparecen, no por ello dejó de fallar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas. Había pedido el actor se declarara "que es a la sociedad conyugal... a quien pertenece tal crédito y quien únicamente puede demandar lo estipulado, Y NO LA NOMBRADA SEÑORA MARIA DEL CARMEN TELLEZ DE PEÑUELA Y SUS CESIONARIOS". El Tribunal, acogiendo, por las razones que expuso, la última parte de la súplica y haciendo las variaciones de redacción que la división en dos partes, del pedimento, hacía necesarias, declaró que el crédito "no fue adquirido por María del Carmen Téllez de Peñuela", lo que vale tanto como decir que a ésta no le pertenece el crédito y que no puede demandar lo estipulado en el documento respectivo.

Nº 2

PRIMERA CAUSAL

Artículos 183 y 1743 del C. C.—Aplicando muy correctamente el segundo de los textos mencionados, el Tribunal resolvió desfavorablemente para el actor las dos primeras súplicas de la demanda.

El recurrente pretende que, como consecuencia de ello, el Tribunal ha debido rechazar también las otras súplicas "porque todas las declaraciones judiciales que se piden en este caso tienen su origen en la incapacidad de la señora de Peñuela para celebrar el contrato de mutuo, que es el origen de este debate y que fue el origen del debate de las excepciones en el juicio ejecutivo". "Prescíndase —agrega el recurrente— de este contrato que se celebró sin la licencia marital y todo desaparece".

Basta —para poner de manifiesto la sinrazón de este cargo— observar que, en el supuesto de que dicho contrato hubiera sido absolutamente válido, eficaz, legal y a todas luces inobjetable, no por ello dejaría de ser rigurosamente exacta la consideración básica en que se apoyó el Tribunal para resolver, de conformidad con lo pedido por el actor, tanto la última parte de la tercera súplica como las subsiguientes peticiones.

Esta consideración básica fue la de que, por razón de las reglas jurídicas concernientes a la composición del haber social y a la determinación del haber de cada uno de los cónyuges, no pudo entrar la acreencia de que se trata a formar parte del patrimonio propio de la señora Téllez de Peñuela ni siquiera en el supuesto de que el contrato de mutuo se pudiera considerar como válido y eficaz.

El Tribunal tenía que estudiar y estudió dos cuestiones distintas: la de nulidad o validez del contrato de mutuo, y la concerniente a la determinación del titular del derecho de crédito que hubiera podido derivarse de este contrato.

Respecto de la primera cuestión, el Tribunal decidió que no era el caso de hacer la declaración de nulidad pedida. Pero de ello no podía deducir el Tribunal que el crédito le perteneciera a la señora Téllez de Peñuela. El Tribunal tenía que tener y tuvo en cuenta, para resolver la segunda de las aludidas cuestiones, otro factor, decisivo para el caso, independiente de la nulidad o validez del contrato de mutuo, a saber: las normas jurídicas sobre el haber de la sociedad conyugal y sobre el haber de cada uno de los cónyuges. Conforme a esas reglas tenía que decidir y decidió que, aún en el supuesto de la validez del contrato, la señora Téllez de Peñuela no adquirió para sí, sino para la sociedad conyugal, el derecho personal resultante del mencionado contrato. Exactamente lo mismo habría pasado si el contratante hubiera sido el marido. No habría adquirido para sí, sino para la sociedad conyugal, ese derecho personal.

En otros términos: la declaración que hizo el Tribunal no se funda, como lo cree el recurrente, en la regla sobre incapacidad de la mujer casada. Se funda en las reglas contenidas en el capítulo 2º del título 22 del libro IV del C. C., las cuales habrían tenido que aplicarse aun en el supuesto de que la señora Téllez de Peñuela hubiera sido autorizada por su marido para la celebración del contrato de mutuo.

Artículos 1781 y 1795 del C. C.—Conforme al primero de estos textos, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, y no del patrimonio del respectivo cónyuge, entre otras cosas: los réditos, intereses y lucros de cualquiera naturaleza, que provengan sea de bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio; el dinero que cualquiera de los cónyuges aportara o durante el matrimonio adquiriere; todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso, etc. Y al tenor del segundo de los artículos citados, los créditos que existieren en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de disolverse la sociedad, se presumirían pertenecer a ella, a menos que aparezca o que se pruebe lo contrario.

Es obvio que conforme a estos textos el Tribunal tenía que decidir, como decidió, que el derecho del crédito resultante del contrato de mutuo tantas veces mencionado, no había entrado a formar parte del patrimonio propio de la señora Téllez de Peñuela. De tal suerte que el Tribunal, lejos de violar los expresados textos, hizo de ellos una correcta aplicación.

El hecho de que el documento existiera en poder de la señora Téllez de Peñuela a tiempo de disolverse la sociedad, no podía significar, conforme al art. 1795, que el respectivo derecho personal formara parte del haber propio de ella. Y la circunstancia de que el documento esté otorgado directamente a favor de la nombrada señora no quiere decir que esté destruída la presunción establecida por dicho artículo. Esa circunstancia sólo significa que la sociedad conyugal adquirió el crédito por intermedio de la señora, exactamente lo mismo que cuando es el marido el que contrata: el crédito que aparece en cabeza de éste, por razón de un contrato de mutuo, v. gr., ha en-

trado en realidad a formar parte del haber social, aunque en el documento respectivo nada se haya dicho y en el instrumento aparezca el marido como el exclusivo titular del derecho.

Por otra parte, es claro que si el crédito no entró a formar parte del haber de la señora sino del haber de la sociedad conyugal, solamente ésta puede tener derecho a demandar lo estipulado. Y como el deudor puede negarse a pagarle a persona distinta del verdadero acreedor o sus representantes, tenía aquél evidente interés jurídico para obtener la declaración que obtuvo en el sentido de que la señora Téllez de Peñuela no es su acreedora.

El interés jurídico por parte del deudor no faltaría sino en el caso de que el pago hecho por el deudor a la señora tuviera incuestionablemente poder liberatorio, por aplicación del art. 1634, pero en la hipótesis de que en el presente caso se pudiera admitir ese poder liberatorio—punto éste que más adelante se tratará—el cargo precedente, fundado en la falta de interés jurídico, no sería el de violación de los arts. 1781 y 1795, sino el de violación del art. 1634, del cual se ocupará la Sala más adelante.

Artículos 740, 752 y 761 del C. C.—Para formular el cargo de violación de estos textos el recurrente parte de la base inexacta de que todas las pruebas del proceso "establecen de modo claro e inequívoco que la señora Téllez de Peñuela era dueña del crédito, que tenía en su poder el título, que ejercía sobre él los actos de verdadero dueño y que como uno de esos actos vendió el crédito". Y como ya se vio que esto no es así, que la señora no fue ni es dueña del crédito, porque éste entró a formar parte del haber social, es necesario desechar el cargo en referencia que—se repite—gira todo alrededor de la afirmación de que el derecho de crédito resultante del contrato de mutuo le pertenecía a la señora y no a la sociedad conyugal.

Artículo 33 de la ley 57 de 1887.—El Tribunal no ha negado que se cumpliera, al hacerse la cesión, con lo preceptuado en este artículo. Lo que el Tribunal ha sostenido es que, para que un cesionario adquiera el derecho personal que se le cede, no basta la entrega del título, sino que es necesario que quien aparezca como cedente sea en realidad el verdadero titular del derecho que se cede. De tal manera que no hubo violación de este texto. Pero suponiendo que el Tribunal hubiera negado que la cesión se hizo en la forma prevenida en tal artículo, entonces el cargo precedente habría sido el de violación de ese texto como consecuencia de un error de hecho y no el de infracción directa de la ley.

Artículos 472 y 632 del C. J.—Tampoco violó el Tribunal estos artículos. El primero de ellos establece que los jueces deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y que, por consiguiente, con ese criterio han de interpretarse las disposiciones procedimentales y las concernientes a las pruebas. Como se desprende de todo lo que se ha dicho, y de lo que adelante se expondrá, el Tribunal no hizo otra cosa. En ninguna parte de su fallo se advierte el sacrificio de un derecho sustantivo en aras de un formalismo mal entendido.

El segundo de los expresados artículos le reconoce el carácter de plena prueba a determinados instrumentos públicos. En ninguna parte de la sentencia se le desconoce a alguno de los instrumentos públicos allí enumerados el carácter de plena prueba.

Ni se advierte en forma alguna, en el fallo, el error de derecho de que habla el recurrente en este punto. El Tribunal no dejó de darle a ninguna prueba un mérito o valor de tal. El Tribunal no desconoce que fue la señora quien contrató, que a su nombre está extendido el documento y que éste estaba en su poder; ni niega que la señora haya cedido el crédito. Lo que el Tribunal sostuvo, con razón, fue que esa cesión no podía tener el efecto jurídico que el recurrente le atribuye, y esto por la sencilla razón de que la señora no podía ceder lo que no le pertenecía, y el derecho personal o de crédito no le pertenecía a ella sino a la sociedad conyugal, al tenor de los arts. 1781 y 1795. Agrega el Tribunal que no podría invocarse contra ese su razonamiento el principio de que la venta de la cosa ajena sí vale. Sobre esto último nada dice el recurrente y por lo tanto no es el caso de que la Corte se ocupe de este aspecto de la cuestión.

Artículo 1965 del C. C.—Ya se dijo que el Tribunal no había incurrido en el error de derecho que el recurrente le atribuye, y como éste hace depender la violación del art. 1965 de ese supuesto error de derecho, es el caso de desechar también este cargo.

Dice, por otra parte el recurrente, en relación con dicho texto, que éste "establece una doctrina positiva y el Tribunal la interpretó en forma negativa", sin explicar nada más sobre el sentido y alcance de este aspecto del cargo. No obstante lo improce-

dente e inoperante de esa frase, la Corte se refiere a ella, observando, en primer término, que el referido artículo contiene diversas proposiciones positivas y negativas, ninguna de las cuales aparece desconocida por el Tribunal, y en segundo término, que, cualquiera como hubiera sido el modo como el Tribunal aludiera a ese texto, ninguna incidencia tuvo sobre la parte resolutiva esa alusión, pues dicha parte resolutiva, como ya se ha explicado hasta la saciedad, se fundó en la doble consideración—ajena al contenido del art. 1955—de que conforme al sistema del C. C. sobre sociedad conyugal, no pudo la señora Téllez de Peñuela adquirir para sí el crédito tantas veces mencionado y de que, no pudiendo transmitir por la cesión más derechos de los que el cedente tiene, no pudieron tampoco los cesionarios llegar a adquirir el derecho personal resultante del contrato de mutuo de que se ha hablado, por lo cual el deudor podía pedir, como pidió en efecto, se declarara que no eran aquellos sus legítimos y verdaderos acreedores y que no había lugar, por ende, al pago demandado.

Artículo 1634 del C. C.—No es el caso de entrar a estudiar—porque el recurso no plantea ni directa ni indirectamente esta cuestión—si por ser la señora Téllez de Peñuela o sus cesionarios poseedores del crédito, el correspondiente pago hecho de buena fe a ellos tendría poder liberatorio; ni es el caso tampoco, por consiguiente, de entrar a decidir si por razón de ese texto y como consecuencia de una debida interpretación de él, podría habérsele negado interés jurídico al actor en lo que concierne a las súplicas de la demanda resueltas en su favor por el Tribunal.

El recurrente no acusa la sentencia del Tribunal en cuanto éste, al desconocerles a los demandados el carácter de poseedores del crédito haya podido incurrir en una indebida aplicación o en una errónea interpretación de dicho texto, como consecuencia de la cual se le reconociera al actor un interés jurídico de que habría podido carecer en el caso de que se hubiera estimado que, por virtud de la aplicabilidad de tal artículo, podía realizarse un pago liberatorio a los poseedores de la acreencia, mediante la existencia del requisito de buena fe en el deudor.

Ninguna de estas cuestiones fue enfocada por el recurrente al hablar del art. 1634, y por ello la Corte no puede entrar a estudiarlas. El recurrente se limitó, en relación con dicho texto, a hacer las siguientes consideraciones: a) Que el Tribunal incurrió en un círculo vicioso al considerar que la señora Téllez de Peñuela no era dueña del crédito y que por tanto no se podía hacer un pago a sus cesionarios; b) Que es al actor Ballesteros a quien debe considerarse de mala fe, y no al cesionario Téllez, porque ya éste había sido considerado por el mismo Tribunal, en el juicio ejecutivo, como cesionario de buena fe; c) Que el Tribunal al considerar como de mala fe a los cesionarios, no sólo le reconoce al actor la cesión del art. 1743, "sino cualquiera otras acciones".

Por ninguno de estos conceptos se advierte violación del referido art. 1634.

Si el Tribunal consideró por las razones tantas veces expuestas ya, que la señora Téllez de Peñuela no adquirió para sí el crédito, con ello el sentenciador ni interpretó mal, ni aplicó indebidamente, ni infringió de modo directo el mencionado artículo.

Si el sentenciador estimó que había mala fe por parte de los cesionarios, con ello tampoco violó ese texto, porque desde el punto de vista de la aplicabilidad de éste, nada interesa la buena o mala fe del cesionario o del poseedor del crédito. Lo que interesa, para que haya lugar a la aplicación del artículo y para que como consecuencia de ésta se produzca un pago con fuerza liberatoria, es la buena o mala fe del deudor. Si el deudor obra de buena fe el pago es válido, y si obra de mala fe no lo es.

Finalmente, tampoco pudo haber violación del art. 1364 por parte del Tribunal al considerar éste como de buena fe a Ballesteros, en lugar de considerarlo como de mala fe, según la tesis del recurrente. Habría habido violación, y gravísima, del artículo si el Tribunal hubiera procedido como lo pretende el recurrente, es decir, si considerando de mala fe a Ballesteros se hubiera fundado en el art. 1634 para negarle interés jurídico a éste, pues la falta de interés jurídico de Ballesteros sólo habría podido ocurrir en el caso de que, considerándolo de buena fe, se hubiera estimado que podía hacer un pago liberatorio al poseedor del crédito aunque después resultara que éste le pertenecía a otro. En otros términos: De la tesis sostenida por el recurrente sobre la mala fe de Ballesteros, sólo se podría deducir que el Tribunal hizo muy bien en no aplicar el art. 1634 para sacar de éste la posible consecuencia de la falta de interés jurídico de Ballesteros

Artículos 752, 768 y 769 del C. C.—En el supuesto de que a la señora Téllez de Peñuela y a sus cesionarios se les hubiera podido considerar como poseedores del crédito—lo que es por lo menos muy discutible—la presunción legal establecida por el último inciso del art. 752 del C. C. en favor de los poseedores, habría quedado en este caso automáticamente destruída por las tantas veces citadas reglas jurídicas sobre la composición del haber social. De tal manera que el Tribunal, al tomar en consideración dichas reglas para deducir que —no obstante esa presunción—no era posible admitir que la señora Téllez de Peñuela hubiera adquirido el crédito para sí, no violó el texto en cuestión.

Ni hubo violación de los arts. 768 y 769 del C. C. al considerar de mala fe a los cesionarios del crédito. El Tribunal invoca, para llegar a esa conclusión, la confesión que ellos mismos hicieron de que conocían el carácter de mujer casada de la señora Téllez de Peñuela, así como la posterior viudez de ésta, y, partiendo de la base de que el error de derecho constituye una presunción de mala fe, llegó a la conclusión, sin violar el expresado texto, de que no podía considerarse a los cesionarios como de buena fe. Pero es que aun en el supuesto de que los arts. 768 y 769 se hubieran violado en el concepto por el cual acusa el fallo el recurrente, esa violación no habría tenido incidencia sobre la parte resolutiva del fallo, porque, como ya se explicó, lo único que era procedente averiguar—para saber si el pago que hiciera Ballesteros tenía carácter liberatorio y si en caso afirmativo se le podía negar interés jurídico para obtener las declaraciones que obtuvo—era la buena o mala fe de dicho deudor y no la buena o mala fe de los cesionarios, que ninguna repercusión podía tener sobre la parte resolutiva dado el modo como quedó planteado el asunto y dada la consideración básica del Tribunal—fundamento esencial de todo el fallo, no desvirtuado por los cargos del recurrente—de que la señora Téllez de Peñuela no pudo llegar a adquirir para sí sino para la sociedad la acreencia en cuestión.

En mérito de todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve que no es el caso de infirmar y por ello no infirma la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 30 de marzo de 1935.

Costas a cargo del recurrente.

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

Eduardo Zuleta Angel, Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Antonio Rocha, Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

DOMINIO.—PRUEBA DEL DOMINIO EN LOS JUICIOS DE REIVINDICACION. —ACCESION: TEORIA GENERAL DE LAS ACCESIONES DEL SUELO EN EL DERECHO COLOMBIANO; ALUVION; AVULSION; IMITACION DE ALVEO O CAMBIO DE CAUCE DE UN RIO Y FORMACION DE NUEVA ISLA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eduardo Zuleta Angel)

I

Antecedentes

1º Por medio de apoderado, el señor Jorge Posada Muñoz demandó el 6 de mayo de 1926, ante el Juez 1º del Circuito del Guamo, en juicio ordinario, al Sr. Abraham Guzmán para que, con audiencia de éste, se hicieran las siguientes declaraciones: a) Que pertenece en propiedad al demandante la hacienda de El Cairo, ubicada en los municipios de Purificación y El Guamo, por los linderos contenidos en la escritura pública 629, de 12 de junio de 1907, según los cuales dicha finca linda por el occidente y norte con el río Saldaña "desde donde lo corta la divisoria que acaba de mencionarse (la que la separa de la hacienda de El Tigre), hasta la cabecera de la vega del Palmar; b) Que es de propiedad del mismo demandante el terreno situado en el río Saldaña, "que hace parte del predio de El Cairo, ubicado hoy en jurisdicción del municipio de El Guamo", comprendido dentro de los siguientes linderos: "por un lado con las aguas mayores del río Saldaña, desde donde se desprenden las aguas del cauce antiguo o brazuelo, aguas abajo de dicho río, hasta donde se juntan con el brazuelo o cauce abandonado, y de aquí, por éste arriba, hasta su unión con las mayores aguas del río Saldaña"; c) Que es de propiedad del señor Jorge Posada Muñoz el terreno de vega o isla, que hace parte del delimitado en la petición segunda y que ha sido restituído por las aguas del Saldaña, terreno especialmente alindero así: desde donde se desprenden las aguas mayores del río Saldaña del brazuelo o cauce abandonado, aguas abajo de este río, hasta encontrar las cercas de que está en posesión Jorge Posada Muñoz y que ocupa Tulio Leal: de aquí se sigue por estas cercas hasta encontrar otra vez las mayores aguas del río; éste aguas abajo, hasta encontrar el brazuelo o cauce abandonado; y por éste arriba hasta su unión con las aguas mayores del río Saldaña".

Para mayor claridad advierte la Sala de una vez que la diferencia entre lo comprendido dentro de los linderos de la segunda petición y lo abarcado por los linderos de la tercera consisten en que aquéllos incluyen la llamada "platanera de Tulio Leal" en el croquis presentado por los peritos en febrero de 1927, a tiempo que los linderos de la tercera petición se refieren al resto de la zona de que habla la segunda, excluída la nombrada platanera, también denominada, en el resto del expediente, "isla de Tulio Leal", sobre la cual, según declaración contenida en la propia demanda, tiene posesión el demandante.

2º Subsidiariamente pidió el demandante se declarara que el terreno alinderado en la petición tercera accede "al terreno de vega o de isla de antigua formación y de que actualmente está en posesión el señor Jorge Posada Muñoz", o sea—según los linderos que de éste último se dan—a la platanera o isla de Tulio Leal.

3º Finalmente, para el caso de que no se hiciese ninguna de las declaraciones a que acaba de aludirse, pidió el demandante se declara que le pertenece, por accesión al predio de El Cairo, la mitad del terreno del cauce abandonado del río Saldaña.

4º Según el hecho 12º de la demanda, el demandado Abraham Guzmán sólo está en posesión del terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda, o sea del comprendido entre el brazuelo o cauce abandonado y las aguas mayores del Saldaña, excluída la platanera o isla de Tulio Leal, que no posee el demandado sino el demandante.

5º El demandante—después de hacer alusión a sus títulos de dominio sobre la hacienda de El Cairo, en los cuales sólo consta, por lo que a la materia del pleito se refiere, que dicha finca linda por el occidente y norte con el río Saldaña, desde donde lo corta la divisoria "con el Tigre", hasta la cabecera de la vega del Palmar—expone como hechos básicos de su demanda los siguientes, que la Corte, para mayor claridad, reproduce en orden cronológico, en lugar de adoptar el orden empleado por el

demandante: a) Antes del año de 1925 el Saldaña corría en sus mayores aguas por el pie de la tierra firme del predio El Gusano; b) En ese mismo año el Saldaña inundó, durante un lapso menor de un año (a contar de enero de 1925), el terreno alinderado en la petición tercera de la demanda, que es en realidad el terreno al cual se refiere el litigio; c) "Por el lento e imperceptible retiro de las aguas" el aludido terreno "fue quedando en seco", "por los meses de abril y mayo del mismo año" (1925); d) Después de la mencionada inundación —y fue por ello por lo que el terreno alinderado en la petición tercera quedó en seco por los meses de abril y mayo de 1925— "el río redujo su cauce al que tenía antes, es decir, siguió corriendo recostado al predio de El Gusano"; e) Vuelto el río a su antiguo cauce, es decir, terminada la inundación de que se ha hablado, el río, en ese mismo año de 1925, varió de curso para correr "por el pie de la vega firme de la hacienda de El Cairo", o sea por donde corre actualmente, es a saber: el 6 de mayo de 1926.

De tal manera que, en sentir del demandante, el terreno a que se refiere la petición tercera, o hace parte del predio de El Cairo en virtud de los respectivos títulos de dominio, sin que la inundación haya modificado la respectiva situación jurídica, por haber sido dicho lote "restituido por las aguas", o constituye el "cauce abandonado del río"—del cual le correspondería la mitad al demandado—o accedió por aluvión a la platanera o isla de Tulio Leal, en virtud del lento e imperceptible retiro de las aguas del río Saldaña después de la inundación que cubrió el lote sobre el cual versa el litigio.

6º Para probar esos hechos, el demandante pidió y obtuvo que se hiciera declarar a los señores José María Rodríguez, Felipe Vásquez, Francisco Gualteros, Medardo Gualteros, Alcides Villalobos, Aurelio Leal, Juan Sánchez, Pedro Cabezas, Francisco Cabezas, Cayetano Cabezas, Benito Cabezas, Cecilia Guzmán, Antonio Guzmán, Isaías Guzmán, Anunciación Mosquera, Roque Montes, Felipe Torres, Simón Rodríguez, Dionisio Vásquez, Santos Lozano, Domingo Lozano, Rafael Arias, Crisóstomo Guzmán, Santos Mosquera, Gregorio Guzmán, Crisóstomo Sánchez, Adán Sierra, Domingo Guzmán, Martín Ortegón, Eustacio Jiménez, Angel María Candia, Cenón Dávila, Julio Devia, Eusebio Tocora, Julio Sierra, Marcos Sierra, Carlos Sierra, Mario Sierra, Polo Gualteros, Romualdo Tocora, Gregorio Gualteros, Patrocinio Rodríguez, Luis Jiménez, Silvestre Candia, Bonifacio Durán y Rufino Tocora, vecinos de Purificación.

7º Y en efecto, todos esos testigos—repreguntados en su mayor parte por el demandado — declararon, de acuerdo en lo esencial con los hechos básicos de la demanda, y sin discrepancias entre unos y otros, lo siguiente, en substancia: a) Que en los años de 1918 a 1919 las aguas mayores del río Saldaña corrían recostadas al predio de El Gusano, es decir, al occidente del lote a que se refiere la petición tercera de la demanda y que así siguieron corriendo hasta 1924; b) Que en 1925 el río inundó el mencionado lote de que habla la petición tercera de la demanda; c) Que esa inundación duró pocos meses, pues las aguas se fueron retirando poco a poco a su antiguo cauce por los meses de abril o mayo de 1925, época en la cual quedó en seco otra vez el referido lote; d) Que posteriormente, es decir, después de la inundación, cuando ya el río no corría recostado a la isla de Tulio Leal sino al predio de El Gusano, dicho río cambió de curso, dejando de correr recostado al predio de El Gusano para correr recostado al predio de El Cairo, entre la isla de Tulio Leal y la tierra firme de la mencionada hacienda de El Cairo.

Es de advertir que los testigos, al ser preguntados, explicaron una circunstancia que la demanda no menciona, y que es importante, a saber: que el terreno a que se refiere la petición tercera ha quedado cubierto por las aguas, no una sola vez (en la inundación de enero a mayo de 1925), sino siempre que el caudal es algo mayor que el ordinario.

También es de advertir que los mismos testigos explican que el cauce por el cual se lanzó todo el grueso de las corrientes en 1925, se había ido abriendo lentamente desde 1924.

Finalmente, los testigos no dejan de advertir insistentemente que el terreno a que se refiere la petición tercera nunca fue batido por el río, arena por arena, sino inundado.

Por su parte, el demandado invocó a su favor el testimonio de Juan de Jesús Guzmán, Arnulfo Céspedes, Saturnino Bolaños, Mateo Cadena, Pedro Céspedes, Venancio Gutiérrez, Ignacio Sánchez, Baldomero Gutiérrez, Gregorio Céspedes, Calixto Durán, Pablo Bolaños, Pedro Guzmán, Ramón Gu-

tiérrez y Aparicio Guzmán. La mayor parte de estos testigos declararon en este sentido: a) Que en 1899 el Saldaña corría recostado a las tierras firmes de El Cairo, es decir, por donde corría cuando se entabló la demanda; b) Que en 1918 corría recostado a las tierras firmes de El Gusano; c) Que en ese mismo año de 1918 empezó a retirarse lenta e imperceptiblemente de las tierras firmes de El Gusano y fue batiendo lentamente las tierras de la banda opuesta hasta llegar a la cantilera de la isla de Tulio Leal, en 1925; d) Que al llegar el río a esa cantilera verificó un rompimiento para variar de curso y correr por donde corría en el momento en que se inició el juicio.

Como se ve, hay dos diferencias fundamentales entre lo declarado por los testigos citados por el demandante y lo depuesto por los que el demandado hizo declarar.

A tiempo que, según el testimonio de estos últimos, el río se fue retirando, desde 1918 en adelante, lenta e imperceptiblemente, de las tierras firmes de El Gusano y fue batiendo lentamente las tierras de la banda opuesta hasta llegar a la cantilera de la isla de Tulio Leal, en 1925, al tenor de lo declarado por los testigos presentados por el demandante, el río corrió hasta 1925 recostado a El Gusano, y en ese año simplemente inundó, por unos pocos meses, el terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda, pero sin batir arena por arena dicho terreno, que—según dicen y repiten los testigos del demandante—nunca fue batido sino inundado por poco tiempo.

Por otra parte, a tiempo que los testigos del demandado aseveran que fue al llegar el río a la cantilera de la isla de Tulio Leal cuando verificó un rompimiento para variar de curso, los testigos del demandante afirman que cuando el río cambió de cauce no corría recostado a la isla de Leal sino al predio de El Gusano, pues desde mayo había quedado en seco todo el terreno a que se refiere la petición tercera, ya que las aguas habían ido retirándose poco a poco a su antiguo cauce.

8º En la diligencia de inspección ocular, practicada por el Juzgado en febrero de 1927, quedó establecido "que a consecuencia de un fuerte aguacero, que cayó el día 18 por la noche, el río Saldaña creció hasta el punto de inundar con sus aguas toda la parte de isla que se encuentra en playones, es decir, las aguas del río Saldaña corrieron por el pie de las tierras firmes de El Gusano y por la parte que se encuentra situada entre las plataneras de Tulio Leal y Abraham Guzmán y la parte de isla que posee el mismo Leal por cuenta de Jorge Posada Muñoz", lo cual vale decir, a juzgar por los dos croquis que figuran en el expediente, en los cuales están perfectamente indicados los puntos a que se refiere el Juzgado, que el Saldaña, ese día, volvió a inundar el terreno a que se refiere la tercera petición de la demanda.

9º Por su parte los peritos que concurrieron a esa diligencia de inspección ocular expusieron, de acuerdo, entre otras cosas, lo siguiente: "...del estudio del expediente en toda su extensión y de las observaciones personales hechas por nosotros sobre el terreno, hemos deducido y comprobado que del año de mil novecientos diecisiete al presente de mil novecientos veintisiete, el río Saldaña ha tenido tres cauces diferentes, a saber: de mil novecientos diecisiete a mil novecientos diecinueve o mil novecientos veinte corría el río en sus mayores aguas arrimado a la tierra firme de El Gusano; en mil novecientos veinticuatro a mil novecientos veinticinco, después de haber abandonado lentamente aquel cauce y retirádose batiendo los terrenos de su margen derecha, llegó y estuvo corriendo arrimado a la isla que ocupa hoy Tulio Leal con una platanera, porción de tierra que presenta en la actualidad, al Noroeste, una rivera (sic) acantilada que determina precisamente el límite alcanzado por las mayores aguas del río al Sureste, en esa época; y por último en mil novecientos veinticinco, y después de haber efectuado un rompimiento por el canal que mediaba entre la citada isla que ocupa Tulio Leal y la tierra firme de El Cairo, siguió el curso que hoy tiene, es decir, entre estas dos porciones de tierra".

Agregan los peritos que "todo el terreno delimitado en el punto tercero de la demanda fue batido por las aguas del río al retirarse de su cauce, en 1919". Explican que no existe en el expediente elemento alguno para determinar el curso del río en el año de 1897; agregan que el tantas veces mencionado lote de la petición tercera de la demanda está compuesto en su mayor parte de aluviones y playas; que no solamente puede ser ocupado por las aguas del río en lo porvenir, sino que durante los días de la diligencia el personal de ésta presenció cabalmente una nueva inundación de ese terreno, y finalente advierte que "a principios de 1925 el cauce por donde llevaba el río sus mayores aguas es el mismo que nos-

otros denominamos cauce de 1925", en el croquis.

En una segunda inspección ocular, practicada en febrero de 1935, durante la segunda instancia del juicio, se constató que en esa época el río corría dividido en dos grandes brazos: uno al oriente y otro al occidente de la isla de Tulio Leal, y se dejó constancia de que el terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda está formado "de arenas y playas, abandonadas por el río Saldaña, en sus distintas variaciones de cauce, y cubierta en parte por vegetación que data de pocos años".

10º Además, los peritos explicaron, en esa misma diligencia, entre otras cosas, lo siguiente: "Por lo demás en 1927 el río, en su mayor caudal, corría arrimado a la tierra firme de El Cairo, por donde efectuó el antiguo rompimiento, dejando una parte de su caudal correr por el primitivo cauce, que no figura en los autos, pero que está descrito, con la firma autorizada del doctor Ruperto Ferreira, en la carta que dicho ingeniero levantó en 1906 sobre los terrenos de El Cairo cuando ya se había efectuado el rompimiento que formó la isla de Tulio Leal. Ahora bien: comparando la modalidad del río en 1906, cuando levantó la carta el doctor Ferreira, con el croquis que muestra la que tenía cuando se efectuó la inspección de 1935, se observa que son idénticas. Esto es, que la gran masa del río corría arrimada a la tierra firme de El Cairo y que solamente un escaso caudal se deslizaba por el lado occidental de la isla de Tulio Leal".

II

SENTENCIA ACUSADA

Fallado el litigio por el Juzgado 1º del Circuito del Guamo el 10 de septiembre de 1929 en el sentido de hacer todas las declaraciones principales pedidas por el demandante—para lo cual el Juzgado se apoyó especialmente en la consideración de que "no puede menos de aceptarse que el terreno de nueva formación, y que por el retiro lento de las aguas del río se fue uniendo a la porción ocupada por el señor Leal, accede a esa porción por virtud del fenómeno de aluvión de que trata el Código Civil en la regla 5ª del art. 726"—el Tribunal Superior de Ibagué, en providencia de 23 de mayo de 1935, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió al demandado de los cargos de la demanda. En ese fallo el Tribunal, después de copiar la demanda y la contestación, y de hacer una breve alusión a las pruebas y a una sencilla y obvia doctrina de la Corte sobre la calidad de dueño del reivindicante, expone lo siguiente como único fundamento de su decisión: "En el caso que se estudia, el demandante ha demostrado a satisfacción su calidad de dueño de la finca de El Cairo? Nó. Por lo siguiente: En el expediente no figuran sino tres títulos que hablan de las haciendas de El Tigre y El Cairo, a saber: La escritura número 2157 de 22 de diciembre de 1870, en donde consta la adjudicación por remate público que se le hizo al señor Agustín Posada de los lotes segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno de la hacienda de El Tigre. Viene luégo la escritura 1179, de 30 de octubre de 1897, por la cual se dividió la hacienda de El Tigre en tres partes, denominadas El Tigre, El Cairo y Santa Elena, adjudicadas a Agustín, Marcelino y Sofía Posada. Pero entre el señor Agustín Posada y los señores Agustín, Marcelino y Sofía hay un vacío: no se establece entre unos y otros vínculo ninguno; no se sabe por qué los últimos hicieron esa partición, ni en virtud de qué título obraron de esa manera. Entre Agustín y los otros tres Posadas no se ve relación ninguna, ni a título de herencia ni a ningún otro título. No se ve el medio de tradición por el cual adquirieran los últimos los bienes del primero. No se sabe si al hacer los Posadas la partición, eran o no dueños de los bienes partidos, puesto que no aparece ningún título traslaticio de dominio. Y sigue ahora la escritura número 529, de 12 de junio de 1907, por la cual se le adjudicó al señor Jorge Posada Muñoz parte de los haberes de Marcelino Posada. Sucede con esta escritura lo mismo que con la anterior; no establece ningún vínculo entre el señor Marcelino Posada y el señor Posada Muñoz, es decir, se observan ahora los mismos defectos que anteriormente se apuntaron. Y es que, para concluir, no se tiene siquiera conocimiento de la muerte de Agustín ni de Marcelino. Y, por otra parte, no existe ningún título traslaticio de dominio, como ya se dijo. Y las declaraciones aducidas nada dicen acerca de la posesión. Luego si no se ha probado por el demandante el dominio que alega, no puede prosperar la acción, en sus peticiones principales. Ni puede prosperar tampoco en las subsidiarias porque para que el fenómeno de la accesión se verifique, es necesario que el que la pida sea dueño de la cosa a la cual ha de acceder la cosa accesible".

III

CARGOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA

Cuatro cargos ha formulado el demandante, por medio de apoderado, contra la expresada sentencia del Tribunal, a saber: a) Error de derecho, al no apreciar como título suficiente del reivindicador la escritura 629 de 12 de junio de 1927, de la Notaría 4ª de Bogotá y registrada el 6 de agosto del mismo año en Purificación; b) Error de hecho consistente en haber afirmado el Tribunal, al referirse a la aludida escritura, que por ella se le adjudicó al señor Jorge Posada Muñoz parte de los haberes de Marcelino Posada, "afirmación totalmente inexacta, según el recurrente, porque lo que esa escritura contiene es, como he dicho, un acto legal de partición extrajudicial verificado por todos los comuneros de una cosa singular"; c) Error de derecho al apreciar las escrituras 2157 de 22 de diciembre de 1870, de la Notaría 2ª de Bogotá, y 1779 de 30 de octubre de 1890, de la Notaría 3ª, en cuanto el Tribunal fundó su fallo absolutorio en la circunstancia de no aparecer el eslabón que enlaza el primer título con el segundo; d) Error de hecho en la apreciación de las pruebas sobre posesión del demandado.

Como consecuencia de los errores de hecho y de derecho a que se refieren los tres primeros puntos, el fallador, en sentir del recurrente, violó los arts. 723, 726, 756, 762, 765, 946, 950, 951, 952 y 964 del Código Civil. Y como consecuencia del error a que se refiere el cuarto cargo se violaron, a juicio del demandante, los artículos 604, 605, 697, 722 y 730 del Código Judicial.

IV

EXAMEN DE LOS CARGOS FORMULADOS

Para fundar su primer cargo, el recurrente—además de citar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia contenida en el fallo por el que se casó la sentencia de segunda instancia dictada en el juicio de Anacleto Rengifo contra Sergio Orejuela, conforme a la cual, en un juicio reivindicatorio, "al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo"—expuso lo siguiente:

"Incurrió el sentenciador en error de derecho al no apreciar como título suficiente del reivindicador la escritura número 629, de 12 de junio de 1907, otorgado en la Notaría 4ª de Bogotá y registrada el 6 de agosto del mismo año, en la Oficina de Registro del Circuito de Purificación, por las siguientes razones: a) Porque esa escritura, que contiene un acto legal de partición extrajudicial, verificada por todos los comuneros de una cosa singular, da testimonio de que en el año de 1907 le fue adjudicado a mi mandante un globo de tierra constante de 1879 hectáreas con 1310 metros cuadrados, globo de terreno que se conoce con el nombre de El Cairo y que linda por el occidente y el norte con el río Saldaña. b) Porque la referida partición aparece debidamente registrada en la oficina respectiva de la situación del inmueble a que se refiere la adjudicación; c) Porque los actos legales de partición constituyen títulos traslaticios de dominio, al tenor del artículo 765 del Código Civil, inciso 4º; d) Porque la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por medio de la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la situación de los mismos, según lo preceptúa el artículo 756 del C. C.; e) Porque la posesión regular de un inmueble la constituyen precisamente el justo título debidamente registrado y la buena fe del adquirente, como lo estatuye el artículo 764 del Código ibídem; f) Porque a quien alega el dominio como base de la reivindicación le basta con presentar un título anterior a la posesión del demandado, siempre que éste no presente otro que lo contrarreste, como lo enseñan los artículos 950 y 951 del Código Civil, y g) Porque la presunción de dominio que establece en favor del poseedor material el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, tiene que desaparecer en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste esa posesión, porque entonces el poseedor demandado queda en la obligación de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor, como se desprende nítidamente del artículo 951 del mismo Código, y el demandado no presentó ninguno".

La Corte considera que el referido cargo—el presentado en primer lugar por el recurrente—es fundado, no sólo por las ra-

zones que han sido transcritas, sino también por las siguientes:

Primera. El presente litigio en realidad no versa ni podía versar—puesto que el demandante es poseedor de la hacienda El Cairo—sobre la cuestión de si dicho demandante es o no dueño de esa hacienda. El pleito versa exclusivamente—en lo que respecta a las peticiones principales—sobre el punto de si el lote a que se refiere la petición tercera de la demanda está o no comprendido dentro de los linderos de dicha hacienda, y—en cuanto atañe a las peticiones subsidiarias—sobre el problema jurídico de si el expresado lote fue adquirido por accesión por el actor. Por consiguiente, no es jurídico dejar de decidir esos puntos a pretextos de que no se comprobó el derecho de dominio sobre un inmueble de que está en posesión el demandante y acerca del cual no se le está disputando la propiedad.

Segunda. El demandante, como acaba de decirse, es y ha sido poseedor de la hacienda El Cairo y por consiguiente, en lo que a ésta respecta—e independientemente de la pequeña zona sobre que versa el litigio—tiene en su favor, además de los títulos, la presunción del artículo 762 del Código Civil y esa presunción no sólo no ha sido desvirtuada en forma alguna, sino que aparece reforzada y confirmada por las escrituras presentadas por el actor. Suponiendo que las consideraciones jurídicas que hace el Tribunal sobre esas escrituras fueran fundadas, ellas podrían tener algún valor si el demandante no fuera poseedor de la hacienda a que tales instrumentos se refieren, pero resultan absolutamente improcedentes en un litigio en que está acreditada la posesión de quien invoca las referidas escrituras a su favor y en que nadie le disputa al actor el dominio que alega sobre la hacienda de El Cairo, independientemente de la pequeña zona litigiosa descrita en la petición tercera de la demanda.

Tercera. Por lo demás, la técnica jurídica más moderna y autorizada (véanse: Colin, Capitant y Joulliot de la Morandiére, edición 1935, Tomo I, página...; Josserand, Tomo I, página...; Planiol, Ripert y Picard, Tomo III,..... ha establecido, sobre bases jurídicas incuestionables, que en los juicios de reivindicación entre particulares el dominio puede probarse, sin necesidad de acudir a la prueba diabólica, inclusive por presunciones, que se sacan, ya de las escrituras que se presenten, cuando éstas no alcanzan a formar una cadena completa que se remonte hasta el título originario pero sí un elemento apreciable de convicción, ya de otros elementos conducentes, como los certificados del impuesto predial, etc.

Es obvio, por lo tanto, que el Tribunal al fundar su sentencia en la consideración única de que no estaba probado el dominio del demandante sobre la hacienda El Cairo, a pesar de ser éste poseedor y haber presentado las escrituras que presentó para reforzar esa presunción, violó los textos legales citados por el recurrente.

Es necesario, por consiguiente, casar el fallo acusado y proceder a dictar el que deba reemplazarlo, aunque se llegue al mismo resultado, por otros motivos, de la absolución del demandado, pues en el caso presente no bastaría rectificar la doctrina contenida en la parte motiva de la sentencia del Tribunal, ya que en realidad por medio de ésta no se falló la cuestión controvertida tal como ella queda planteada mediante una razonable interpretación de la demanda, sino que se eludió el problema.

DEMANDA PRINCIPAL

Como el demandante es, según se ha dicho tantas veces, poseedor de la hacienda El Cairo—considerada ésta con exclusión de la zona a que se refiere la petición tercera—; como, de otro lado, el lote a que se refiere la petición segunda es el mismo que se alindera en la petición tercera, con la única diferencia de que en ésta no se incluye, y en aquélla sí, la llamada isla de Tulio Leal, también poseída por el demandante; como la acción reivindicatoria no puede tener cabida cuando el que reivindica es al propio tiempo poseedor y tenedor de la cosa, pues es absurdo que se pida la restitución de aquello que se está poseyendo, y como, finalmente, la demanda dirigida contra Abraham Guzmán no puede en forma alguna considerarse como una petición sobre declaratoria de dominio erga omnes, resulta claro: a) Que no es el caso de hacer las declaraciones a que se contraen las inconducentes súplicas primera y segunda de la demanda principal, ya que éstas equivalen ni más ni menos que a pedir que se decrete, en favor del actor y contra el demandado, la restitución de una cosa de que está en posesión aquél y no éste, y b) Que, en consecuencia, en lo que a la demanda principal se refiere, el litigio queda reducido a saber si debe hacerse o no la declaración pedida en la tercera súplica, o, lo

que es lo mismo, a decidir si la zona de terreno de que ésta habla forma o no parte del inmueble que se le adjudicó al actor en la partición que se verificó por medio de la escritura pública 629, de 12 de junio de 1907.

Tres fueron los instrumentos públicos registrados aducidos por el demandante como títulos traslaticios de dominio, en apoyo de la súplica tercera de la demanda principal: la escritura número 2157, de 22 de diciembre de 1870, de la Notaría 2ª de Bogotá; la número 1779, de 30 de octubre de 1897, de la Notaría 3ª, y la número 629, de 12 de junio de 1907, de la Notaría 4ª.

Todos estos instrumentos contribuyen a demostrar que el inmueble adquirido por el señor Jorge Posada Muñoz linda en una grande extensión con el río Saldaña, pero en ninguno de ellos hay un indicio siquiera de que el lote a que se refiere la petición tercera de la demanda esté comprendido dentro de los linderos que en tales escrituras figuran, pues ni la más remota indicación se encuentra sobre el cauce que tuviera el río Saldaña en las épocas en que los referidos instrumentos fueron otorgados.

Y como por otra parte no se produjo en forma alguna, e independientemente del contenido mismo de las escrituras, la prueba de que, al referirse éstas al río Saldaña, quedaba abarcada la zona de que se habla en la petición tercera dentro de las respectivas alinderaciones, dado el cauce del río en ese entonces, es obvio que no puede prosperar la petición tercera de la demanda principal.

En la escritura de 1870 consta: a) Que el señor Agustín Posada adquirió, por adjudicación que se le hizo en la subasta pública ordenada por decreto de 9 de septiembre de 1861, los lotes segundo, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno de la hacienda El Tigre; b) Que los lotes tercero y octavo, adjudicados en la misma subasta a otras personas, le fueron traspasados al mismo señor Agustín Posada; c) Que entre los linderos del expresado lote número 2 figura "la corriente de las aguas del río Saldaña" desde un punto situado al frente de dos guarumos "que se encuentran en tierra firme al borde de la vega más alta del río", "hasta enfrentar con el lindero que se puso en la cabecera de la vega que se forma abajo del paso de El Gusano"; d) Que el lote número tres también está delimitado por "la corriente del río Saldaña"; e) Que el lote número siete linda asimismo con dicha corriente desde frente a "la palma más alta que se descubre en la vega del Saldaña", "hasta enfrentar con un árbol de igua que se encuentra a orillas de dicho río en tierra firme".

En el segundo de los citados instrumentos consta: a) Que Agustín Posada R., Marcelino Posada, Luis M. Posada, Guillermo Posada, Jorge Posada y Sofía Posada—después de manifestar que eran dueños en común de la hacienda El Tigre, delimitada por el río Saldaña desde la confluencia de éste con el Magdalena hasta encontrar la cerca de alambre que divide las haciendas Saldaña y Tigre — expusieron que habían convenido en dividir esta última entre los comparecientes comuneros; b) Que a Marcelino, Sofía, Guillermo y Jorge Posada se les adjudicó en esa división, "en común y en proporción a lo que a cada uno de ellos corresponde", un lote delimitado por el río Saldaña desde la línea divisoria con el terreno que se le adjudicó a Agustín, hasta el paso de La Beneda.

Finalmente, resulta de la última de las escrituras citadas: a) Que Guillermo Posada, Luis María Posada, Rafael Posada y Jorge Posada—quien dijo ser dueño de los derechos de la señorita Sofía Posada y de los del señor doctor Eduardo Posada—después de explicar que la antigua hacienda denominada El Tigre había sido dividida por medio de la escritura 1779, de 30 de octubre de 1897 en tres lotes denominados El Tigre, El Cairo y Santa Elena, manifestaron que, considerando "como un solo todo el globo formado por las haciendas El Cairo y Santa Elena con el lote Chiriló", procedieron a la división de dicho globo, comprendido dentro de los siguientes linderos: desde el punto donde llega el río Saldaña la divisoria con la hacienda de El Tigre, siguiendo hacia el oriente y en línea recta esta divisoria hasta encontrar al pie de los cerritos que dominan el puerto llamado de Chiriló en el Magdalena, el punto que señala el principio del pequeño lote separado de la dicha hacienda de El Tigre; de aquí se vuelve hacia el sur en línea recta a otro mojón demarcado en la vega y desde el cual se vuelve otra vez en línea recta hacia el río, pasando por otro punto amojonado. En seguida, desde donde la última recta mencionada llega al río Magdalena sirve de límite su ribera, aguas abajo, hasta encontrar la divisoria con La Bacaya, cerca de la confluencia con el Saldaña, luégo se continúa por toda esta divisoria hasta encontrar la que separa la isla de "La Ribera", por la

cual se llega al río Saldaña; y luégo continúa el lindero por la ribera de éste, aguas arriba, hasta el punto que se toma por primer lindero en la divisoria con El Tigre. Debe advertirse que las riberas de los ríos se refieren a la corriente principal; b) Que para efectuar la demarcación y medición de los lotes los exponentes nombraron al ingeniero doctor Ruperto Ferreira; c) Que en la partición se le adjudicó al señor Jorge Posada el lote marcado en el plano levantado por el doctor Ferreira con el número cuatro, lote que tiene una cabida de 1879 hectáreas con 1310 metros cuadrados y que linda "por el occidente y norte" con el río Saldaña, "desde donde lo corta la divisoria que acaba de mencionarse hasta la cabecera de la vega del Palmar".

Como fácilmente se ve, por medio de esas escrituras no se ha comprobado ni directa ni indirectamente que el terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda esté comprendido dentro de lo que pudo adquirir el demandante en razón de los aludidos títulos traslaticios de dominio.

En otros términos: no demuestran en forma alguna esas escrituras que el aludido terreno haya quedado abarcado por los linderos que figuran en la escritura de 1870 para determinar los lotes adjudicados al señor Agustín Posada, o por los que aparecen en la escritura de 1897 para singularizar las haciendas El Cairo y Santa Elena, o por los que en 1907 se le señalaron al lote número cuatro de El Cairo, adjudicado al demandante.

Solamente se hace alusión en esas escrituras al río Saldaña, o a "la corriente del río Saldaña", o a "las aguas del río Saldaña", y por ello se sabe que este río constituye uno de los linderos arcifinios de la finca adjudicada al actor en 1907, pero nada se dice ni se sugiere siquiera en los referidos instrumentos sobre cuál fuera en esos años el cauce del expresado río en el trayecto a que se refiere el litigio. De suerte que no es posible deducir del contenido de las escrituras que éstas comprenden el terreno mencionado en la petición tercera de la demanda.

El actor habría podido presentar el plano levantado por el doctor Ferreira o habría podido provocar una mensura del terreno que actualmente posee para confrontarla con la extensión superficiaria que al mismo se le asignó en la escritura 829, pero no hizo ni lo uno ni lo otro. Y como, de otro lado, no se preocupó siquiera por tratar de demostrar que en 1870, o en 1897, o en 1907 el río corría por el pie de la tierra firme de El Gusano y no por el pie de la tierra firme de El Cairo, no es posible concluir que las mencionadas escrituras constituyen títulos traslaticios de dominio sobre el terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda principal.

En otros términos: no habiéndose probado en forma alguna que el cauce del río Saldaña a que aluden las escrituras fuera el mismo que, según los peritos, tuvo en los años de 1917 a 1919 o 1920, o en los años de 1924 y 1925, y no siendo posible, por el contenido mismo de las escrituras, afirmar que lo fuera, es forzoso absolver al demandado en cuanto al cargo que se viene estudiando.

Pero hay más: no solamente no comprobó el demandante que dentro de lo que a él se le adjudicó en 1907 había quedado comprendida la zona que se disputa, sino que en el expediente aparecen varias pruebas que concurren a demostrar lo contrario. En efecto: consta, de una parte, que por el testimonio no contradicho de varios testigos, que en 1899 el río no corría recostado a la tierra firme de El Gusano sino a la tierra firme de El Cairo, y, de otra parte, que los peritos de la segunda inspección ocular dejaron constancia de que, habiendo tenido a la vista y estudiado el plano levantado en 1906 por el doctor Ruperto Ferreira, se informaron de que en éste aparece como cauce del Saldaña el mismo designado como cauce de 1935 en el croquis presentado por tales peritos.

El demandante alegó y comprobó que antes de 1925 las aguas mayores del río Saldaña corrían por el pie de la tierra firme de El Gusano, pero no demostró—y lo que es más grave, no alegó siquiera, ni lo afirmó como hecho básico de la demanda—que en 1907 y antes el río tuviera ese mismo curso.

En el proceso quedó establecido que por los años de 1917 a 1919 o 1920 las aguas mayores del río Saldaña no corrían recostadas a la tierra firme de El Cairo, sino, por el contrario, al occidente de la zona que se disputa, pero, por lo que respecta al período anterior, el demandante no se preocupó por producir ninguna prueba. Más aún: no se cuidó siquiera de hacer sobre el particular, en la demanda, una afirmación que pudiera servir de base a las peticiones principales.

Los testigos que afirmaron que en 1899 corría el río por el pie de las tierras firmes de El Cairo dicen de una manera muy vaga que a partir de esa fecha el Saldaña "se

retiró del pie de las tierras de El Cairo sobre las tierras de El Gusano, hasta venir a ocupar el cauce antiguo o abandonado de que se ha hablado antes, o sea el que tenía en el año de 1918, dejando un cauce recostado a las tierras de El Cairo, llamado Río-viejo, que es el mismo por donde hoy corre".

Pero es claro que de allí no puede deducirse—porque los testigos nada explican ni sugieren sobre el modo como se operara entre 1899 y 1918 ese retiro a que aluden en términos tan generales—que el río Saldaña corriera por el lado oeste de la zona a que se contrae el litigio cuando al demandante se le adjudicó el lote número cuatro de El Cairo.

De otro lado, contra la hipótesis de que el río corriera en 1907 por el pie de las tierras firmes de El Gusano, media la circunstancia ya mencionada de la alusión hecha por los peritos al plano levantado por el doctor Ferreira en el año de 1906.

Finalmente, aunque tal hipótesis no quedara descartada en razón de la circunstancia de que se acaba de hablar, se levantaría—contra la posibilidad de considerar, en favor del demandante, como prueba de que el río corría en 1907 por el pie de las tierras firmes de El Gusano, las aludidas explicaciones de los testigos—el hecho de que el actor, como ya se dijo, no hizo en su demanda aseveración alguna en virtud de la cual esas explicaciones de los testigos pudieran llegar a tener alguna trascendencia en el pleito.

Primera demanda subsidiaria

En la primera demanda subsidiaria, pidió el actor se declarara que el terreno sobre que versa el litigio, o sea el alinderado en la petición tercera de la demanda principal, accede a la llamada isla o platanera de Tulio Leal, de que está en posesión el demandante.

El juez de primera instancia consideró fundada esa petición, apoyándose para ello en la circunstancia de que "el terreno de nueva formación y que por el retiro lento de las aguas del río se fue uniendo a la porción ocupada por el señor Lael, accede a esa porción por virtud del fenómeno de aluvión de que trata el Código Civil en la regla 5ª del artículo 726".

El recurrente, aunque elogia y califica de muy jurídica la sentencia del juez, no aprecia el asunto del mismo modo. Para él—según lo expresan las "consideraciones finales" de su escrito—la cuestión debe plantearse de otro modo: ha habido simplemente una inundación o una variación de cauce del río con formación de islas. En uno u otro caso el dueño del terreno inundado o comprendido en la isla conserva su derecho de dominio. En esos casos — advierte él—no se produce el fenómeno de la accesión. Se trataría de todo lo contrario: el derecho de dominio no se modifica por razón de una inundación que dure menos de diez años o por la variación de curso de un río con formación de islas.

Por su parte el demandante, en la demanda, expuso, como hechos básicos de esta petición, en substancia, los siguientes: a) El otorgamiento de las escrituras públicas presentadas por él como títulos de propiedad; b) La afirmación de que el terreno que se dice adquirido por accesión "hace parte del predio de El Cairo, alinderado en la primera de las peticiones de la misma demanda; c) La circunstancia de que el terreno disputado "fue quedando en seco por el lento e imperceptible retiro de las aguas del río Saldaña. Dicho río corría en sus mayores aguas recostado al predio de El Gusano hasta el año de 1925, en que tuvo lugar la inundación de que habla el hecho anterior; después de ésta el río redujo su cauce al que tenía antes, es decir, siguió corriendo recostado al predio de El Gusano"; d) La circunstancia de que antes de 1925, cuando el río corría en sus mayores aguas por el pie de la tierra firme de El Gusano, por el pie de la vega firme de El Cairo corría un pequeño brazuelo, al contrario de lo que sucedía en el momento de la presentación de la demanda.

Como arriba se explicó, los testigos presentados por el demandante, en lo general declaran de conformidad con esas aseveraciones hechas por el actor como fundamento de su primera petición subsidiaria, pero agregan, al ser repreguntados, que el terreno a que se refiere la petición ha permanecido bajo las aguas siempre que el caudal es algo mayor que el ordinario.

Sin necesidad de confrontar las declaraciones invocadas por el demandante con las solicitadas por el demandado y con las conclusiones de los peritos, ateniéndose la Sala a las primeras, o lo que es lo mismo, dando por probados los hechos básicos de esta primera petición subsidiaria, no puede hacer la declaración pedida por el actor, por las siguientes razones:

El fenómeno de la accesión del suelo puede realizarse de cuatro maneras distintas, a saber: a) Por aluvión; b) Por avulsión;

c) Por mutación de álveo o cambio de cauce de un río; d) Por formación de nueva isla.

Dejando a un lado la avulsión que, como es obvio, ningún interés tiene para el caso presente, es procedente estudiar y precisar los requisitos y características de las otras tres formas de accesión para resolver acerca de la petición subsidiria en cuestión.

I.—Aluvión. Para que haya aluvión se requiere: a) Que haya aumento de una ribera por el retiro de las aguas; b) Que ese retiro sea lento e imperceptible, y no violento; c) Que las aguas se hayan retirado completa y definitivamente del terreno que se pretende adquirir por accesión, y que, por ende, tal terreno no siga siendo alternativamente ocupado y desocupado por aquéllas en sus creces y bajas periódicas.

Los fundamentos de la accesión por aluvión explican la exigencia de los antedichos requisitos y contribuyen a señalar y determinar el exacto campo de aplicación de dicha institución.

Esos fundamentos son dos: a) En primer lugar el legislador quiso establecer en favor de los riberanos "una compensación por el riesgo que ellos corren por el hecho de ser colindantes con el agua"; b) En segundo lugar—y esto solo sería bastante para poner de manifiesto en el caso presente la improcedencia de la alegación sobre aluvión—la ley quiso "evitar que los propietarios riberanos, a quienes el hecho de serlo les reporta beneficios, se vean privados de ese beneficio por un hecho natural".

II.—Mutación de álveo o cambio de cauce de un río. Puede ocurrir: a) Que el río simplemente cambie de cauce, o b) Que se abra en dos brazos que no vuelven después a juntarse.

A.—En el primer caso, se divide el cauce abandonado en dos partes iguales, para repartir entre los riberanos, siempre y cuando que aquél quede definitivamente en seco, es decir, que no siga siendo ocupado y desocupado alternativamente por las aguas.

B.—En el segundo caso las partes del cauce anterior que el agua dejare descubiertas permanentemente acceden a las propiedades contiguas.

Un fenómeno que se semeja mucho al primero de los que acaban de indicarse, pero que se rige por reglas distintas, es aquel en que el cambio de cauce se opera cargándose el río a una de las riberas y dejando la otra definitivamente en seco. Las normas aplicables son entonces las del aluvión, a diferencia de lo que acontece cuando el río cambia enteramente de cauce, dejando completa y totalmente el anterior, que es el caso a que ya se aludió, en el cual el cauce abandonado se divide en dos partes para repartir entre los riberanos.

III.—Formación de nueva isla. Para que haya lugar a la accesión en virtud de la formación de nueva isla se requiere; a) Que la isla no sea de las que hayan de pertenecer a la Nación, y b) Que no siga siendo alternativamente ocupada y desocupada por las aguas en sus creces y bajas periódicas.

Concurriendo esos dos requisitos, hay lugar a la adquisición de la propiedad por accesión, de acuerdo con las reglas siguientes: a) La nueva isla que se forme en el cauce de un río accede a las heredades de aquella de las dos riberas a que estuviere más cercana toda la isla, y si ésta no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra, accederá a las heredades de ambas riberas; b) Si la nueva isla no se forma en el cauce de un río, sino en un lago, accede a todas las propiedades riberanas menos a aquellas cuya menor distancia de la isla exceda a la mitad del diámetro de ésta, medido en la dirección de esa misma distancia.

No debe confundirse con este fenómeno de adquisición de la propiedad por accesión en razón de la formación de nueva isla el de la apertura del río en dos brazos que vuelven a juntarse. En este caso, con respecto al terreno que quede comprendido entre los dos brazos, no se altera el derecho de dominio anterior, y en cuanto a la parte del lecho del río que hubiere quedado descubierta, la regla es la misma dada para el caso de mutación de álveo o cambio de cauce de un río, a saber: accederá a las heredades contiguas.

Es de advertir que la ley en el capítulo destinado a las accesiones del suelo se ocupa de dos fenómenos distintos a los de accesión, y ello cabalmente con el propósito de dejar establecido, para evitar dudas y equívocos, que aquéllos no constituyen casos de accesión; es decir, que no constituyen modos de adquirir el dominio, sino todo lo contrario, es a saber: que las situaciones jurídicas concretas concernientes al dominio y anteriores a tales fenómenos, se conservan intactas después de la ocurrencia de ellos.

Esos dos fenómenos distintos a los de accesión son: a) El de la inundación que dure menos de diez años (art. 723), y b) El de la formación de una isla por un río que se abre en dos brazos que vuelven después a juntarse (regla 2ª del art. 726).

Acontece en el presente pleito que precisamente los dos hechos expuestos como básicos y fundamentales en la demanda y repetidos categóricamente en el recurso se refieren ni más ni menos que a estos dos fenómenos últimamente aludidos (inundación y formación de isla por un río que se abre en dos brazos que vuelven después a juntarse); es decir, a los dos fenómenos de que trata nuestro Código en el capítulo de la accesión pero cabalmente para dejar establecido que no constituyen casos de accesión.

En otros términos: los hechos expuestos como base de esta primera demanda subsidiaria y repetidos por el recurrente son de todo punto incompatibles con la declaración que por medio de ella se solicita.

En efecto, en la demanda se asevera que antes de 1925 las mayores aguas del río Saldaña corrían por el pie de la tierra firme de El Gusano; que sólo un pequeño brazuelo corría entonces por el pie de la vega firme de El Cairo; que en los primeros meses de 1925 el terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda (o sea el mismo con respecto al cual se pretende la declaración de accesión en la demanda subsidiaria) fue inundado por las aguas del río Saldaña; que en los meses de abril y mayo del propio año el terreno referido fue quedando en seco, al terminar la inundación; que después de ésta el río redujo su cauce al que tenía antes, es decir, que siguió corriendo recostado al predio de El Gusano y que, posteriormente, en el mismo año de 1925, después de haber vuelto el río a su antiguo cauce, éste quedó convertido en un brazuelo porque las agusa mayores del río variaron de curso para correr por el pie de la vega firme de El Cairo.

Por su parte el recurrente, después de repetir "que en el año de 1925 (el río Saldaña) inundó gran parte de la finca El Cairo, y que meses más tarde determinó (la avenida del río), la mutación del cauce y la formación de la isla disputada", se expresa de esta suerte: "ya se trate de una inundación o de la variación del curso de un río con formación de islas, el dueño del terreno inundado o comprendido en la isla no pierde sus derechos de dominio, los cuales quedan apenas en suspenso mientras es restituído por las aguas, como lo dice nuestro C. C., consultando la equidad y la razón. En estos casos no se produce propiamente el fenómeno jurídico de la accesión, sino que se trata de un reconocimiento justo de que la parte del predio que queda en seco al dividirse en brazos la corriente de un río, o que después de inundada fue restituída por las aguas, continúa siendo del dueño conocido de este terreno".

La Sala considera muy acertadas y jurídicas esas consideraciones del recurrente, pero cabalmente por lo mismo que las estima exactas no puede hacer las declaraciones pedidas en la primera demanda subsidiaria, con la cual se pretende que se declare todo lo contrario de eso que expone muy bien el recurrente en el párrafo que acaba de copiarse, pues allí se pide que se resuelva que el terreno sobre que versa el litigio accede al lote de que está en posesión el demandante, conocido con el nombre de platanera o isla de Tulio Leal.

Los razonamientos del recurrente a que acaba de aludir la Sala habrían sido procedentes para hacer las declaraciones pedidas en la demanda principal si se hubiera establecido en el juicio, independientemente de todo fenómeno de accesión, el derecho de dominio del demandante sobre el terreno alinderado en la petición tercera de la demanda. Pero como ya se vio, de los títulos presentados por el actor no se deduce su derecho de dominio sobre el expresado terreno.

Ha insistido mucho el demandante en la afirmación de que el terreno disputado "fue quedando en seco por el lento e imperceptible retiro de las aguas del río Saldaña". Parece que con esto ha pretendido colocar el caso dentro del campo de aplicación del art. 719 del C. C. que dice: "Se llama aluvión el aumento que recibe la ribera de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas".

Pero lo que el propio demandante asevera a renglón seguido impide que prospere esa pretensión. En efecto: "Dicho río—se dice en la demanda—corría en sus mayores aguas recostado al predio de El Gusano hasta el año de 1925 en que tuvo lugar la inundación de que habla el hecho anterior; después de ésta el río redujo su cauce al que tenía antes..." Y ese hecho anterior, a que alude en el pasaje transcrito el actor, fue expuesto de esta suerte en el libelo: "El terreno de vega o isla alinderado en la petición tercera de la demanda, fue inundado por las aguas del río Saldaña por un período de tiempo no mayor de un año...", en 1925.

Ante esas afirmaciones categóricas del propio actor en la demanda misma, carece de toda significación—desde el punto de vista de la aplicabilidad del art. 719—el hecho de que el retiro de las aguas se opera-

ra de manera lenta e imperceptible, por las siguientes razones:

a) Porque si el retiro de las aguas apenas constituía, como se desprende de lo transcrito, la cesión de una inundación, el terreno restituido por aquéllas aunque la restitución se verificara de manera lenta o imperceptible—no podía ser objeto de adquisición por aluvión, ya que al tenor del art. 723 "si una heredad ha sido inundada, el terreno restituido por las aguas, dentro de los diez años subsiguientes, volverá a sus antiguos dueños". Y ya se vio, por lo demás, que no está probado que el actor fuera el antiguo dueño del terreno inundado.

b) Porque para que se opere el fenómeno de accesión por aluvión no basta que las aguas se hayan retirado lenta e imperceptiblemente del terreno que se pretende adquirir. Es menester, como se explicó atrás, que realmente haya habido aumento de una ribera y éste no exista, jurídicamente hablando, cuando el retiro de las aguas se produce como simple cesación de una inundación, que dura menos de diez años. De la simple e inevitable confrontación de los artículos 719 y 723 se desprende incuestionablemente lo que acaba de decirse.

De otro lado, resulta claro que, dada la fundamental y primera en el orden cronológico de las aseveraciones del actor, no se concibe siquiera la posibilidad de una declaración como la a que se refiere la primera demanda subsidiaria que se estudió: Cronológicamente, la primera afirmación del demandante es la de que antes de 1925 el Saldaña corría en sus mayores aguas por el pie de la tierra firme del predio de El Gusano. Cabría en consecuencia la posibilidad de una accesión por aluvión si el desplazamiento de las aguas de El Saldaña se hubiera realizado, después de esa fecha, hacia el occidente. Pero cabalmente todos los hechos afirmados en la demanda y todas las pruebas aducidas concluyen a demostrar un desplazamiento en dirección opuesta a aquélla. De tal manera que cualquiera que haya sido en definitiva la forma como tal desplazamiento se verificara, no cabe la hipótesis del aluvión.

Tampoco puede hablarse siquiera, en lo que a la primera demanda subsidiaria se refiere, de una adquisición de propiedad por mutación de álveo o cambio de cauce de un río, o por formación de nueva isla, porque en el primer caso, a lo que habría lugar sería a la repartición del cauce abandonado, que es lo que se pide en la segunda petición subsidiaria, que se estudiará más adelante, y, respecto de la segunda hipótesis (formación de nueva isla), bastaría decir que, como lo explica muy bien el recurrente, "ésta no es la situación jurídica que se contempla en la presente controversia... porque las islas a que se refiere la regla que comento (regla 3ª del art. 726) son las que se forman paulatinamente en los cauces de los ríos por arrastres de tierras que se desprenden de las márgenes sin posibilidad física de conocer y precisar su procedencia..."

No sería posible tampoco admitir que entre el año de 1907 y el de 1925 —en que según el actor se retiró el río de la tierra firme de El Gusano— se consumara un fenómeno de accesión por razón del cual adquiriera el demandante la propiedad del terreno a que se alude en la petición tercera de la demanda, y ello por las siguientes razones:

a) Aunque aparece probado que el río corría en el año de 1899 por el pie de la tierra firme de El Cairo y en los años de 1917 a 1919 o 1920 por el pie de la tierra firme de El Gusano, no puede deducirse de ello que se realizara un verdaredo fenómeno de accesión en ese lapso, en favor de El Cairo, comoquiera que, entre otras cosas, ha podido ocurrir que, durante todo ese período, la zona disputada hubiera tenido el carácter de un cauce alternativamente ocupado y desocupado por las aguas. A juzgar por lo que ha ocurrido después, y por lo que el mismo actor afirma para formular su segunda demanda subsidiaria, es muy probable que en el lapso anterior haya sucedido eso que acaba de indicarse. Si se tienen en cuenta: la constancia dejada por el juez en la primera inspección ocular, el croquis elaborado por los peritos en la segunda y las declaraciones de los testigos que afirman que las aguas del río no dejan de cubrir en sus grandes crecientes, en todo o en parte, el terreno a que se refiere la petición tercera, se ve claramente que no puede considerarse ni con mucho como probado un fenómeno de accesión en el período anterior a 1917 por el solo hecho de que se sepa que en esa época corría recostado a las tierras firmes de El Gusano y de que se sepa igualmente que en 1899 corría, por el contrario, recostado a las tierras firmes de El Cairo.

b) En la demanda no se exponen hechos conducentes a una declaración en el sentido de que el demandante adquiriera el dominio del terreno disputado por una accesión verificada antes de 1925 o antes de 1917. Se limitó el demandante a afirmar que "antes

del año de 1925" El Saldaña corría en sus mayores aguas por el pie de la tierra firme del predio de El Gusano. Pero esa afirmación —que por lo demás puede considerarse probada— no implica la de que se hayan realizado o cumplido hechos determinantes de una adquisición de dominio por accesión en el mencionado lapso anterior a 1925, al cual ni siquiera se alude en el libelo.

c) Finalmente, la demanda subsidiaria que se estudia no puede ser siquiera interpretada en el sentido de que con ella se pretenda una declaración sobre adquisición por accesión durante el lapso anterior a 1925 por la sencilla razón de que allí no se pide que se diga que el terreno alinderado en la petición tercera accedió a la hacienda de El Cairo sino que se pide que se resuelva el litigio en el sentido de que dicho terreno accedió a la isla de Tulio Leal, que sólo después de 1925 quedó separada por las aguas mayores del río Saldaña del resto de la finca de El Cairo.

Segunda demanda subsidiaria

Para el caso de que no se hiciera la declaración a que serefiere la primera súplica subsidiaria, pidió el demandante se declarara: "Que la mitad del terreno del cauce abandonado del río Saldaña accede al predio de El Cairo"; que, en consecuencia, dicha mitad "pertenece al señor Jorge Posada Muñoz" y que, por lo tanto, el demandado "debe restituír" al actor "la mitad del terreno del cauce abandonado del río Saldaña... DELIMITADO EN LA PETICION TERCERA DE LA DEMANDA".

Por esta alusión a la petición tercera así como por las afirmaciones contenidas en los hechos 9º y 10º, se ve claramente que el actor—para los efectos de la segunda demanda subsidiaria — parte de la base de que el terreno a que se contrae el litigio, o sea todo el alinderado en la petición tercera de la demanda principal, fue CAUCE del río Saldaña.

Sin necesidad de entrar a estudiar si esto está o no demostrado, y dando por sentado que lo esté, no puede prosperar tampoco la demanda subsidiaria formulada en último término, por las siguientes razones:

1ª—Para que haya lugar a adquirir, por accesión, la propiedad de lo que ha sido cauce de un río, no basta que éste haya quedado en seco. Es menester, además, que el agua no haya seguido ocupando y desocupando alternativamente en sus creces y bajas periódicas el terreno con respecto al cual se pretende la adquisición de dominio por accesión. Así se deduce, sin la menor duda, de lo prescrito por los artículos 720, inciso 2º, 724, inciso 1º, y 726, regla 1ª, del Código Civil. Más aún: puedo decirse que toda la reglamentación que el legislador hizo del fenómeno de la accesión se basa en el principio fundamental de que, cualquiera que sea la clase de accesión de que se trate, es menester, para que por ese modo se adquiera el dominio, que el terreno haya quedado permanentemente en seco y que las aguas no lo sigan ocupando y desocupando alternativamente en sus creces y bajas periódicas, pues "el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas FORMA PARTE DE LA RIBERA O DEL CAUCE Y NO ACCEDE MIENTRAS TANTO A LAS HEREDADES CONTIGUAS.

2ª—En el caso presente no se ha comprobado en forma alguna que el terreno comprendido dentro de los límites expresados en la petición tercera de la demanda principal haya quedado PERMANENTEMENTE en seco; es decir, que no se ha comprobado un hecho fundamental cuya demostración era indispensable para que la segunda demanda subsidiaria prosperara, a saber: que el agua no ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas el terreno alinderado en la petición tercera.

3ª—Y, lo que es más grave, lejos de haberse comprobado ese hecho, aparecen en el expediente tres elementos de extraordinaria trascedencia que se oponen a la pretensión que se estudia: el croquis levantado por los peritos con motivo de la segunda inspección ocular; la constancia dejada por el propio juez en la primera inspección, y las afirmaciones hechas por los testigos del demandante en el sentido de que "el terreno o isla de que se viene hablando (que no es otro que el alinderado en la petición tercera de la demanda) sí ha permanecido bajo las aguas del río siempre que el caudal de ellas sea algo mayor que el ordinario".

En el croquis mencionado aparece cubierta por el río una parte del llamado cauce abandonado en la demanda.

En la primera inspección ocular el juez dejó constancia de que "a consecuencia de un fuerte aguacero que cayó cuando tal diligencia se estaba practicando, el río Saldaña creció hasta el punto de inundar con sus aguas toda la parte de la isla que se encuentra en playones, es decir, las aguas del Saldaña corrieron por el pie de las tierras firmes de El Gusano y por la PARTE

QUE SE ENCUENTRA SITUADA ENTRE LAS PLATANERAS DE TULIO LEAL Y ABRAHAM GUZMAN Y LA PARTE DE ISLA QUE POSEE EL MISMO LEAL POR CUENTA DE JORGE POSADA MUÑOZ". Basta ver el croquis levantado con motivo de esa misma inspección ocular y el correspondiente dictamen de los peritos para concluír que eso que el juez denomina "parte de la isla que se encuentra en playones" —con respecto a la cual explica, a renglón seguido, que es la "parte que se encuentra situada entre las plataneras de Tulio Leal y Abraham Guzmán y la parte de isla que posee el mismo Leal por cuenta de Jorge Posada Muñoz"— no es otro cosa que el mismo terreno a que se refiere la petición tercera de la demanda.

Finalmente, los testigos llevados por el demandante, al ser repreguntados, después de manifestar que conocen la porción de terreno de vega o isla alinderada en la petición tercera, y después de describir esa porción de terreno con los mismos linderos que figuran en la demanda, dicen: "el terreno o isla de que se viene hablando sí ha permanecido bajo las aguas del río siempre que el caudal de ellas ha sido algo mayor que el ordinario".

Lejos, pues, de estar probado el hecho fundamental y básico de que el cauce que se pretende adquirir por accesión ha quedado PERMANENTEMENTE EN SECO, aparecen en el expediente pruebas en contrario, y en esas condiciones no es posible hacer las declaraciones pedidas en la segunda demanada subsidiaria, porque, como ya se explicó, para que haya lugar a la adquisición por accesión, de un cauce, no basta que éste haya quedado en seco sino que es necesario que haya quedado permanentemente en seco, o sea, que no continúe alternativamente ocupado y desocupado por las aguas en sus creces y bajas periódicas, pues mientras ésto ocurra, la respectiva zona "forma parte de la ribera o del cauce y no accede a las heredades contiguas".

En síntesis: por lo que atañe a la demanda principal, es incuestionable: que ni en los títulos traslaticios de dominio aducidos por el actor se encuentra la prueba de que la zona disputada forma parte del lote de El Cairo, ni en forma alguna se produjo por separado esa prueba para complementar el contenido de las referidas escrituras. En cuanto a la primera demanda subsidiaria, es evidente: que no se probaron —pero ni siquiera se alegaron— hechos conducentes a una declaración sobre adquisición por accesión en el lapso anterior a 1925, y que, por lo que respecta al lapso posterior, se alegaron y se probaron cabalmente hechos incompatibles con la pretensión de la demanda. Y, finalmente, en lo que concierne a la segunda demanda subsidiaria, lejos de haberse probado que el llamado cauce abandonado quedara permanentemente en seco, como lo exige el art. 724 para que haya lugar a la accesión, aparecen en el expediente varias pruebas en el sentido de que "el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas" la zona disputada.

No está por demás, para terminar, advertir que —no obstante la circunstancia de que no se trajeron al proceso pruebas directas sobre actos materiales de posesión por parte del demandante en la hacienda de El Cairo— la Corte ha partido de la base de que Jorge Posada Muñoz es poseedor de dicha hacienda, por las siguientes razones:

a) La posesión inscrita del inmueble está acreditada; b) En ninguna forma se ha afirmado o sugerido siquiera que a esa posesión inscrita no corresponda una posesión material del propio actor; c) Tampoco se ha insinuado siquiera la posibilidad de existencia de inscripciones a favor de otra u otras personas; d) Con respecto a la llamada isla de Tulio Leal, que forma parte de la hacienda El Cairo, es incuestionable que dicho Leal es un arrendatario que reconoce el dominio y posesión de Jorge Posada Muñoz.

En esas condiciones no se suscita siquiera un posible conflicto entre posesión material y posesión inscrita o entre dos posesiones inscritas. De tal manera que no hay lugar a que la Corte resuelva, con este motivo, alguno o algunos de los diversos problemas que la doctrina ha planteado en relación con la posesión inscrita establecida por el Código. Se trata por consiguiente de un caso en que es incuestionable la completa y perfecta aplicabilidad de los arts. 756, 759, 784, 785, 789, 791, 980 y 2526 del Código Civil, que le dan a la posesión inscrita la trascendencia que, en este asunto, había que reconocerle.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Ibagué el 23 de mayo de 1935; REVOCA la proferida

en primera instancia por el Juez 1º del Circuito del Guamo, y, en su lugar, RESUELVE:

1º—No es el caso de hacer, por improcedentes, y por ello no se hacen, las declaraciones a que se refieren las peticiones primera y segunda de la demanda principal;

2º—Se absuelve al demandado tanto de los cargos a que se refieren las peticiones tercera y cuarta de la demanda principal como de todos los cargos a que se refieren las dos demandas subsidiarias;

3º—No hay condenación en costas.

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

Antonio Rocha.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno J. Juan Francisco Mujica.—Eduardo Zuleta Angel.—Emilio Prieto Hernández, Srio. Int.

SIMULACION Y NULIDAD

No toda simulación es por sí misma ilícita ni nula. Origina acción especial, que es la del artículo 1766 del C. C. Su prueba entre partes y con respecto a terceros, etc. Las doctrinas de este fallo están explicadas en nuestra sección editorial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha)

El diez y ocho de diciembre de mil novecientos treinta y cinco esta Sala infirmó por casación la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja el diez y siete de febrero de mil novecientos treinta y cuatro en el juicio que Alejandro Bonilla Salazar, en su nombre propio y como representante de la sucesión de Miguel Bonilla González, siguió contra la Comunidad Dominicana, residente en Chiquinquirá, contra Leonidas Gómez, de la misma vecindad, y contra Julia Forero, Terciaria Dominicana conocida con el nombre de Sor Elvira, con los fines de que se da cuenta en la aludida sentencia de la Corte.

Posteriormente la misma Sala decretó un auto para mejor proveer, que fue practicado.

Corresponde ahora fallar en instancia.

SENTENCIA DE INSTANCIA

I—En primer término el demandante pide que se declare nulo el registro de la escritura número 149 otorgada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924, por carecer dicho registro de la firma del Registrador y que a causa de esa nulidad el bien inmueble que fue materia de la venta no salió del patrimonio de su causante Miguel Bonilla González, porque éste murió sin que se hubiera subsanado en el registro tal irregularidad. De ahí la solicitud que hace en el libelo de demanda para que se declará que tal inmueble pertenece aún a la sucesión de Bonilla González.

Contrademanda la Comunidad Dominicana (a quien el actor señala como poseedor material del inmueble) para que se declare que lejos de haber permanecido el dominio en el patrimonio del causante por no haberse registrado la escritura antes de morir el vendedor, los herederos están obligados a entregarla registrada, como obligación que era de su causante.

Considera la Corte: Al tenor de la parte final del artículo 2664 del C. C., es nula la inscripción de la escritura número 149 otorgada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924, porque tal inscripción no fue firmada por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, conforme se vio en inspección ocular sobre los mismos libros de registro y por certificado de ese funcionario.

Pero de la nulidad de que adolece la inscripción o registro de tal escritura de venta lo que se deduce es que los herederos del vendedor tienen la obligación, heredada de su causante, de efectuar la tradición legal de la cosa vendida, según los artículos 1880 y 1155 del C. C. Relacionado el primero de esos preceptos legales con otros, como son, principalmente, los artículos 756 y 1873 del

C. C., se advierte que la ley colombiana exige el título y el modo para adquirir el derecho in re sobre la cosa vendida; la muerte de una persona no basta por sí sola para trasmitir el dominio de los bienes raíces a sus herederos, porque lo que en definitiva trasmite el dominio de esos bienes es la adjudicación que se hace de ellos seguida del registro de la correspondiente hijuela, aprobada por el Juez, y es este título registrado el que verdaderamente confiere a los herederos el dominio que antes tenía el causante; en la sucesión por causa de muerte, la ley o el testamento, según el caso, son los títulos que sirven de base a la traslación del derecho; la sucesión es modo de adquirir el solo derecho de herencia, mientras está ilíquida, y un modo imperfecto de adquirir bienes raíces o bienes muebles determinados, puesto que cuando la sucesión se liquida o se dicta el decreto de posesión efectiva del derecho de herencia, hay necesidad de inscribir tal decreto en la oficina u oficinas de registro donde el inmueble esté ubicado, así como también el respectivo acto de partición judicial o extrajudicial, según los artículos 764 y 2651 del C. C.

Y no habiéndose interpuesto ningún registro de títulos relativos a los inmuebles en cuestión antes de la inscripción de la demanda, puesto que los que aduce el demandante se refieren o versan sobre derechos hereditales únicamente, es evidente que la tradición de las especies como cuerpos ciertos no se ha efectuado a favor de los herederos del causante Bonilla González; y que subsiste en cambio una obligación heredada del vendedor de hacer la tradición a que en vida se comprometió. Ante el derecho colombiano, es sabido, el contrato de venta no produce sino obligaciones. No prosperan, pues, las peticones que se analizan, 3, 4 y 5 de la demanda principal, y en cambio sí habrá de decretarse la petición que hace la comunidad dominicana en su contrademanda de que la sucesión de Miguel Bonilla González debe hacer registrar la escritura número 149, en la cual tiene interés.

II—A esta solicitud de la comunidad Dominicana le opone, empero, la sucesión de Bonilla González la excepción perentoria que formula en los siguientes términos textuales:

"Es cierto que la escritura número 149 hace referencia a un contrato de compraventa, pero no es cierto que ese contrato sea real y efectivo, tal convención fue simulada o de confianza. Ni la Comunidad Dominicana, ni su representante, pagó precio alguno por el inmueble que dijo comprar, ni en el supuesto vendedor hubo intención de trasferir el dominio, ni en el supuesto comprador intención de adquirirlo. La referida convención, es, pues, absolutamente nula, por falta de objeto y de causa. Así pido se resuelva oportunamente, declarando probada la excepción perentoria de nulidad que desde ahora alego con relación al contrato consignado en tal escritura".

Ya se dijo en la sentencia de casación cuál fue el contrato de venta hecho por Miguel Bonilla González a la Comunidad Dominicana; la escritura corre a folios 4 y 5 del cuaderno número 1º

Considera la Corte:

El contrato que consta en la escritura número 149 no ha sido atacado con acción de simulación por el demandante: ya se dijo que la acción ejercitada en el libelo es la de nulidad del acta de registro pero no del contrato, y que la restitución, con las prestaciones mutuas, las pide el actor como consecuencia de la nulidad del registro. Esas pretenciones ya han sido estudiadas.

La simulación del contrato de venta contenido en la escritura número 149 la ha invocado la sucesión como excepción que opone a las peticiones de la contrademanda de la Comunidad Dominicana. Ahora bien, el aparte trascrito entre comillas en este fallo contiene todos los elementos que la sucesión contrademandada da para describir los hechos que en su concepto integran o componen la especie de simulación que afirma, pues aunque en el hecho de la demanda (folio 25 vto. cuaderno ppal.) también tacha al contrato de simulado, se limita a decir simplemente que no fue real y efectivo. Con estos deficientes datos se entra sin embargo a estudiar la simulación, como excepción.

La Comunidad Dominicana, al contestar la demanda, al contrademandar y en el curso del litigio, ha sido constante en afirmar la realidad de la compraventa. Sería prolijo citar los numerosos pasos de su defensa en que protesta de la aseveración contraria. Basta con trascribir parte de la respuesta que da a la petición 4ª (folio 32, cuaderno ppal.), así:

"Nada tiene que devolver o dar a la sucesión del señor Miguel Bonilla González la Comunidad Dominicana, porque nada le debe. En lo pertinente al contrato de compraventa celebrado con este señor dicha comunidad cumplió con la obligación que le incumbía, la de pagar el precio del terreno demarcado en la escritura número 149 de 8 de marzo de 1924, contrato que no adolece de vicio o defecto generador de nulidades...." Al contestar el hecho 3) dice: "No es cier-

to. El contrato fue real o efectivo; de parte de la Comunidad Dominicana hubo intención de adquirir el dominio de la finca en cuestión tión, y de parte del vendedor Bonilla intención de trasferirlo....."

Fijada así la posición inicial de cada parte en cuanto a la afirmación de la una y la negación de la otra de una simulación, este fenómeno jurídico se estudia en seguida, no sin hacer antes una observación:

Si bien el excepcionante habla de nulidad del contrato por falta de causa, ello obedece a la manera como la jurisprudencia había venido considerando que toda simulación es causa de nulidad en los contratos en todos los casos, dada la ilicitud que fatalmente se ha visto en ella, sin distinguir entre la nulidad misma de que puede adolecer el contrato en sí por la ilicitud del fin, del objeto y de la causa, y su validez cuando no adolece de tacha por ilicitud ni por falta de los elementos esenciales a todo contrato. Pero en este caso, como en el fallado por esta misma Sala con fecha 27 de julio de 1935 (G. J. número 1899, págs. 323 y sts.), la Corte considera que la sucesión contrademandada ha ejercitado la excepción de simulación, aunque la llamó de nulidad, y que el error en la denominación de la acción o de la defensa no cambia su vedadera naturaleza jurídica.

El fenómeno jurídico de la simulación consiste—globalmente enunciado—en celebrar abiertamente un acto o contrato, y en convenir, al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público (artículo 1766 del C. C.) No siempre tales actos o contratos se hacen por escrito y para que pueda ocurrir la simulación no es necesario que sean literales.

Lo pactado en la contraescritura privada, según ese precepto del código, o en la contraestipulación, según las reglas generales sobre pruebas, no producirá efecto contra terceros, pero sí entre las partes contratantes (artículos 1766, 1759, 1761 del C. C.)

La simulación reviste muchas formas y especies, de las cuales esta Sala se ha ocupado en varios fallos, y se enuncian en el ya citado de 27 de julio de 1935. Pueden considerarse como integrales o parciales, como de fin o de medio, y en sus repercusiones jurídicas no siempre obedecen a una misma norma. No es lo mismo, por ejemplo, la venta ficticia que la donación disfrazada de venta o que la cesión de un crédito usada en lugar de mandato.

En el presente litigio, la sucesión contrademandada ha invocado, para prevalerse de él, un contrato que envuelve una simulación integral y de resultado: afirma que Miguel Bonilla González, su causante, realmente no quiso venderle a la Comunidad Dominicana el inmueble de la escritura número 149, y que ésta tampoco quiso comprar, sino apenas servir de testaferro o tenedor del inmueble para fines que el excepcionante no precisa, ni en relación con la intención del vendedor, ni de la herencia futura, ni de los acreedores de aquél. Son, pues, como ya se dijo antes, bastante vagos, por no decir inoperantes, los datos de hecho con que la sucesión caracteriza la simulación alegada, aun buscados con amplitud a través del criterio del excepcionante. Cuando se alega en juicio la simulación, como cualquier otra figura jurídica, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador. Empero, no obstante la deficiencia anotada, la Sala prosigue su estudio.

El excepcionante habla en nombre de la sucesión del vendedor, como heredero, y como esta calidad la acreditó, es claro que tiene interés jurídico en la excepción que alega; y como además pide que los efectos de su defensa le aprovechen a la sucesión del vendedor, ocupa el lugar de éste: es la parte misma que celebró el contrato de venta mediante la escritura número 149.

Consiste la acción o la excepción de simulación en hacer prevalecer entre las partes las obligaciones o efectos jurídicos de un contrato oculto, sobre lo estipulado ostensiblemente entre las mismas partes, en atención a que el contrato privado u oculto envuelve la verdadera y real voluntad de ellas y sin perjuicio de terceros. Si este contrato, el pactado en la convención secreta para alterar lo convenido en la pública, es, en sí mismo, válido, y por lo tanto no va contra el orden público o las buenas costumbres, es lícito y pueden invocarlo los mismos contratantes y todo el que en ello tenga un interés serio, protegido por el derecho, sin que pueda, por consiguiente, oponérsele el principio **nemo auditur propriam turpitutinem allegans**, por lo mismo que es lícito; y es así como el artículo 1766 del C. C. le da, al contrato privado (contraestipulación) valor entre las partes, y el 1759 del mismo código tiene como verdad lo declarado entre ellas, con valor de plena fe, pero sólo contra los contratantes.

Si el excepcionante Bonilla Salazar, en nombre de la sucesión de Bonilla González afirma que éste contrató con la Comunidad Dominicana una venta simulada, sin intención de trasferirle el dominio, sino, por el

contrario, con el fin de que ésta, aunque compradora aparente, mantuviera privadamente el dominio o la orden del supuesto vendedor, puede lícitamente pedir que, demostrada la existencia del contrato privado u oculto que hacía de la Comunidad Dominicana un simple testaferro u hombre de confianza, prevalezca la verdadera voluntad entre los contratantes y que se reconozca en consecuencia que el dominio no ha salido del patrimonio del vendedor. Le asiste, pues, en principio, la excepción.

Empero, está probada la simulación? Es decir, que en el caso del pleito existió realmente una voluntad convenida en contraestipulación privada para alterar el fin del contrato público?

Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C. y del segundo aparte del artículo 91 de la Ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruírla oponiédole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el pacto literal oculto, o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión y principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio.

Esa prueba de igual categoría sobre la existencia de una contraestipulación hecha por los contratantes para alterar lo pactado por ellos mismos en la escritura número 149, no ha sido presentada por el que la invoca, y hay que concluír, en consecuencia, que no ha demostrado el hecho en que consiste su defensa. Vuélvese a decir que la simulación se ventila entre los mismos contratantes, pues la sucesión del vendedor no es tercero en este caso.

Se amplía en seguida este último concepto:

Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el acto o contrato simulado.

Los herederos del que celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción, puesto que ocupan el mismo lugar que aquél.

También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible.

Para el efecto, pues, de tener la acción y poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros.

El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que pueden acudir unos y otros.

Esas diferencias pueden subordinarse a las siguientes consideraciones:

a)—Si el acto se celebró por escrito, la parte misma que lo celebró debe demostrar el acto oculto también por escrito, o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba, etc.

b)—Sus herederos, en la misma hipótesis de que el acto ostensible se celebró por escrito, para ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera querido y podido ejercitar, es decir la acción que heredaron de su causante, también están obligados a dar la prueba del acto oculto por escrito, o un principio de prueba por escrito, o la confesión de la otra parte, complementadas en este caso por todo medio probatorio. Pero si el acto ostensible que celebró su causante, aun por escrito, lo fue en fraude de los derechos de la herencia, entonces el heredero o herederos que ejerciten la acción de simulación vienen a ser, no ya los sucesores que continúan la persona jurídica del causante, sino terceros respecto de él, que defraudó su derecho herencial, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio que le sirve a sus acreedores de prenda. Entonces la prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita, ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada con otros medios probatorios; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, a la de presunción, a la de testigos y en general a todos los medios probatorios.

El excepcionante se ha colocado—entre las múltiples especies de simulación que en el tráfico social se presentan—en la especie llamada de ventas ficticias o de confianza, y la Corte así interpreta el lacónico paso de la defensa, atrás trascrito, especialmente movida por la consideración que el excepcionante destaca de que el vendedor—su causante—no tuvo intención de trasferir el dominio y también porque afirma que, por consiguiente, no hubo precio realmente exigido ni pagado. De ahí que afirme la Corte que este caso es de simulación de fin y no de medio; porque el vendedor, según la defensa, simuló un fin que no se proponía alcanzar,

como que no quería enajenar. Pero no es suficientemente explícito el excepcionante para que la Corte se crea autorizada a través de los autos para ver en la defensa alegada otros aspectos de simulación en que por ejemplo intervenga un modo de fraude para la herencia, o un menoscabo de su legítima; no hay afirmación en ese sentido; caso semejante contempló la Corte en fallo de 27 de julio de 1935, G. J. número 1899, página 337.

De que exista la simulación de fin o de resultado, el excepcionante concluye invocándola como causa de nulidad del acto aparente, "por falta de objeto y de causa", dice en el paso trascrito por la Corte. Al respecto sólo cabe considerar que aún dentro del léxico empleado por el excepcionante, que considera que el un fenómeno jurídico induce el otro, si el primero no está probado, no puede seguirse el segundo como su consecuencia; pero no por ello sobra que la Corte observe que de la exstencia de una contraestipulación privada hecha por los contratantes para alterar lo pactado en el acto público no se sigue la nulidad de éste, puesto que el artículo 1766 del C. C. le da valor al acto privado entre los contratantes y sólo le niega efecto contra terceros, de donde se advierte y se sigue la validez del mismo acto privado, y no la nulidad; lo cual no impide que éste pueda ser en sí nulo por las mismas causas que dan lugar a las varias nulidades de que un acto o contrato puede adolecer, o que pueda ser atacado por los terceros a quienes perjudique y que tengan interés en ello, si es que éstos no prefieren atenerse al acto aparente.

En resumen, se tiene: La sucesión demandante pide que se declare la nulidad del registro o inscripción de la escritura número 149 otorgada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924 por la cual Miguel Bonilla González le vende un inmueble a la Comunidad Dominicana, por no estar autorizado o firmado ese registro por el Registrador en el libro de orden matriz. El hecho es cierto y consecuente el ningún valor de tal inscripción; pero de que así sea, no se deducen, no se siguen las consecuencias pedidas por la sucesión demandante bajo los apartes 3º, 4º y 5º del libelo, o sea que por la falta de autorización del registro en vida del vendedor Bonilla González, el comprador no adquirió el dominio, sino que lo conserva la sucesión del vendedor, y que a ella pertenece todavía; no se siguen estas consecuencias, se repite, porque la sucesión está obligada a verificar la tradición legal que no verificó el causante vendedor. El comprador demandado, a su vez contrademanda a la sucesión para que se le obligue a verificar la tradición legal del registro, y esa solicitud es jurídica y pertinente, sin que valga la contraexcepción opuesta por la sucesión de que el contrato fue simulado, porque no se probó la simulación.

III—Contrademanda también la Comunidad Dominicana para que al realizarse por la sucesión de Miguel Bonilla González la tradición inscrita de la escritura número 149, se le obligue a cancelar las inscripciones de unas escrituras en que Alejandro Bonilla Salazar, quien también litiga en nombre propio, aparece comprando a sus hermanos coherederos de Miguel Bonilla González, derechos hereditarios vinculados en el inmueble que fue materia de la escritura número 149; y pide también que para el caso de que Bonilla Salazar no lo haga, se ordene al Registrador hacer las cancelaciones por cuenta de aquél (súplicas 2ª y 3ª, folio 39 vto.)

La Corte observa que no es el caso de acceder a ellas, porque esos contratos, cuya cancelación en el registro se solicita, versan sobre derechos hereditarios en la sucesión de Miguel Bonilla González, que uno de los herederos compra a los otros, y constituyen objetos muy distintos, jurídicamente considerados, del inmueble mismo de que se trata, y que por lo tanto no interfieren la tradición de éste.

IV—El mismo día en que la Comunidad Dominicana le compró el inmueble a Miguel Bonilla González, a continuación y por escritura número 150 la Comunidad Dominicana le vende una porción de él a Carmen Forero de Bonilla. De esta escritura se sentó acta de inscripción en el Libro de Registro número 1º, pero tampoco la firmó el Registrador. La sucesión pide en la súplica 2ª del libelo, que se declare nulo ese registro y deduce las mismas consecuencias a su favor ya descritas a propósito de la solicitud de nulidad del registro de la escritura número 149, es decir, la restitución para la sucesión, de este inmueble, que es parte integrante o porción del primero.

A esto se observa:

Carmen Forero de Bonilla, a quien le vendió el primer comprador (la Comunidad Dominicana) una porción del inmueble que ésta acababa de adquirir, no ha sido citada o demandada como parte en este litigio, y sin su audiencia no es posible hacer ninguna declaración que se pretenda contra ella; ni la nulidad del registro del contrato celebrado por ella ni la restitución que en consecuencia se solicita.

V—La súplica 8ª del libelo versa sobre la devolución que en concepto del actor debe

cumplir la Comunidad Dominicana del lote de terreno que le compró a Miguel Bonilla González menos la porción que la Comunidad le vendió a Carmen Forero de Bonilla, devolución que obedece a la declaración de nulidad del acta de registro de la escritura de venta. La súplica 9ª se refiere a las restituciones entre las partes para volver las cosas al estado anterior. Lo dicho antes fundamenta la conclusión de que no es el caso de decretar estas restituciones consecuenciales a la acción principal ya denegada.

VI—Aunque en el fallo de casación están reproducidas las súplicas 6ª, 7ª, 10ª y 11ª de la demanda, que son las que faltan por estudiar en instancia y allí se sintetizaron los hechos con que el actor las fundamenta, conviene ahora hacer de ellas nueva referencia.

El 21 de julio de 1924, o sea tres meses largos después de la venta hecha por Miguel Bonilla González a la Comunidad Dominicana de todo el inmueble, y de que ésta Comunidad vendió parte de él a Carmen Forero de Bonilla, esta última y misma porción la vuelve a vender Miguel Bonilla González a Julia Forero, Terciaria Dominicana conocida con el nombre de Sor Elvira, por medio de la escritura número 414 de la referida fecha 21 de julio de 1924, pasada en la Notaría 1ª de Chiquinquirá.

Esta, Julia Forero o Sor Elvira, cinco años después, el 25 de diciembre de 1929, por escritura número 802, otorgada ante el Notario 2º de Chiquinquirá, le vende a Ramón Leonidas Gómez la misma finca que ella le había comprado a Bonilla González.

La primera de estas dos escrituras, número 414 de 21 de julio de 1924, por la cual Julia Forero o Sor Elvira hizo la compra, no se sabe si fue o no registrada, pues la copia de ella que obra a folios 23 y siguientes del cuaderno de excepciones dilatorias no trae ninguna constancia de inscripción en el registro. La segunda escritura, por la cual Sor Elvira le vende a Ramón Leonidas Gómez, sí obra en el juicio debidamente registrada.

Hechas estas advertencias, se procede a estudiar las pertinentes súplicas del libelo. Dice el actor que una y otra escrituras deben ser declaradas nulas y ordenarse a Ramón Leonidas Gómez como a poseedor que es del inmueble, que lo devuelva a la sucesión demandante con sus accesorios y frutos y como poseedor de mala fe.

Funda la solicitud de nulidad de ambas escrituras, según los hechos marcados c a e de la demanda (folio 26, cuaderno principal) en que los contratos fueron simulados o de confianza, porque carecen de causa por no haber habido precio serio.

Considera la Corte:

La circunstancia ya anotada de que la escritura número 414 ha sido presentada al juicio sin que del texto de ella ni de otra prueba complementaria aparezca la constancia de haberse inscrito en el registro, no permite a la Corte, al fallar en instancia, darle valor probatorio al contrato atacado por simulación. En efecto, la presentación de la referida escritura al juicio tenía por objeto no solamente demostrar el contenido del contrato, sujeta materia de la acción ejercitada, sino también probar que fue celebrado con las solemnidades legales. Ahora bien, el artículo 2673 del C. C. prescribe que ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro, hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrita o registrada en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este código. No es posible, pues, darle fe o valor probatorio al título en cuestión, ni entrar en el estudio de la cuestión litigiosa.

El inmueble de que se trata aparece de antes vendido por Julia Forero o Sor Elvira a una tercera persona, a Ramón Leonidas Gómez, al tenor de la escritura número 802 de 25 de diciembre de 1929. Contra este tercer poseedor, previo reconocimiento de la simulación alegada, tanto respecto de la venta hecha por Bonilla González a Sor Elvira como de la posterior venta de ésta a Gómez, se pide la restitución a la sucesión. La acción de simulación, consagrada por el artículo 1766 del C. C., a diferencia de la de nulidad consagrada por el 1748 del mismo Código, no surte efectos jurídicos contra terceros poseedores, salvo que éstos hayan participado en la simulación, o la hayan conocido o debido conocer antes de adquirir los bienes o al adquirirlos. No pudiéndose siquiera entrar en el estudio de la simulación de la compraventa primitiva, no es posible, pues, pensar en que ella pudiera afectar al actual poseedor.

Procede, dado lo dicho, absolver de los cargos que se estudian tanto a Julia Forero o Sor Elvira, como a Ramón Leonidas Gómez.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º—Es nula la diligencia de registro verificada en la Oficina de Registro de instrumentos públicos y privados de Saboyá el 1º de marzo de mil novecientos veinticuatro en el Tomo 1º, del Libro 1º, folio 82, partida 53, referente a la escritura pública número 149

otorgada en la Notaría 1ª del Circuito de Chiquinquirá el 8 de marzo de 1924, por la cual Miguel Bonilla González le vende un inmueble a la Comunidad Dominicana residente en dicha ciudad.

2º—La sucesión de Miguel Bonilla González representada por Alejandro Bonilla Salazar, está obligada a obtener que en la mencionada Oficina de Registro se haga en forma legal la inscripción de la escritura número 143, ya descrita, obligación que debe cumplir en los diez días posteriores a la ejecutoria de esta sentencia;

3º—Absuélvese a los demandados de los demás cargos de la demanda;

4º—Absuélvese a Alejandro Bonilla Salazar y a la sucesión de Miguel Bonilla González de los demás cargos de la contrademanda;

5º—Revócase la sentencia de primera instancia y substitúyese por la presente de segundo grado;

6º—No se hace condenación en costas a cargo de ninguna de las partes por razón de instancias ni de casación.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase una vez ejecutoriada la sentencia con todo el expediente al Tribunal de su origen.

Firmados: **Antonio Rocha, Ricardo Hinestrosa Daza, Miguel Moreno J., Juan Francisco Mújica, Eduardo Zuleta Angel,** el Conjuez: **Valerio Botero Isaza. Emilio Prieto Hernández,** Srio. interino.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO

El error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito precisa buscarlo, no en la sentencia sino en el auto de proceder. En éste se concretan los cargos y se abre el juicio. El hecho delictuoso se imputa según las pruebas del sumario y el cargo se formula de manera genérica. Al Jurado toca la calificación de los hechos criminosos, la graduación de la responsabilidad a cuyo efecto el Juez somete a su consideración un interrogatorio cuyas líneas generales señala el artículo 47 de la Ley 169 de 1896. Sólo refiriéndose al auto de proceder puede hallarse fundamento respecto de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, ya que la sentencia definitiva tiene que recaer sobre los hechos que constituyeron la causa. La indefensión de la víctima es circunstancia de asesinato, cuando constituye alevosía, traición o sobreseguro, porque la indefensión o el estar la víctima desapercibida, son apenas aspectos de la circunstancia de asesinato definida en el numeral 3º del artículo 586; pero cuando no alcanza a constituir alevosía, traición o sobreseguro, la indefensión es tan sólo una circunstancia agravante genérica, como lo prevé el numeral 10 del artículo 117 del C. P.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación en lo Criminal—Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

Por sentencia de 13 de febrero de 1935, el Tribunal Superior de Santa Marta, confirmó la sentencia del Juzgado 1º Superior de ese Distrito Judicial, proferida el 5 de junio de 1934. La sentencia confirmada condena a Félix Rodríguez a sufrir la pena de veinte años de presidio y a las accesorias correspondientes.

El reo había sido llamado a juicio por el cargo genérico de homicido. Según las decisiones del Jurado clasificose su caso en el artículo 586 del C. P. o sea en el asesinato que considerado según el artículo 598 del mismo Código se sanciona con la pena de veinte años de presidio, sustitutiva de la de muerte. (Artículo transitorio B. del A. L. Nº 3 de 1910).

De la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación en tiempo oportuno el reo.

El recurso le fue concedido y así vinieron los autos a la Corte en donde se les ha dado la tramitación correspondiente.

En escrito enviado a la Corte, después de interpuesto el recurso, el reo invoca las causales 1ª y 3ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931.

La primera de estas causales consiste en ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o indebida aplicación de la misma.

La segunda consiste en ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto ha habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

En el orden lógico es necesario examinar la causal referente al error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, que por la manera como se presenta en este caso se ve que se refiere, en lo esencial, a la primera de las cuestiones sometidas a la consideración del Jurado.

Sostiene el recurrente que existe ese error de apreciación en la prueba del cuerpo del delito en tratándose de su causa, por cuanto no existen elementos determinantes de la premeditación.

El error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito precisa buscarlo, no en la sentencia sino en el auto de proceder. En éste se concreatn los cargos, y se abre el juicio.

El artículo 26 de la Constitución establece la garantía de que el juzgamiento ha de hacerse conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En concordancia con esta garantía constitucional, mejor dicho en desarrollo de ella, los artículos 1627 del C. J., 345 de la Ley 105 de 1890 y 236 de la Ley 57 de 1887, determina el procedimiento en la formulación de los cargos, la manera de apreciarlos y las atribuciones que corresponden al Juez y al Jurado en tratándose de delitos en que la responsabilidad se aprecia por Tribunales de conciencia.

Al abrirse la causa el Juez de derecho, sobre los datos del informativo, verifica si existe o no plena prueba del hecho criminoso, y verifica también la de la imputabilidad que puede consistir hasta en una prueba semi-plena, como la de un testigo idóneo o la de graves indicios.

Sobre estas bases se formula el cargo mencionándose el delito con la denominación genérica que le da el C. P. en el respectivo Capítulo o en el correspondiente Título, sin calificar si el homicidio fue premeditado o de otra especie, ni señalar artículo especial del Código.

Así el hecho delictuoso se imputa según las pruebas del sumario y el cargo se formula de manera genérica. Al Jurado toca la calificación de los hechos criminosos, la graduación de la responsabilidad a cuyo efecto el Juez somete a su consideación un interrogatorio cuyas líneas generales señala el artículo 47 de la Ley 169 de 1896. Ese interrogatorio ha de contener, por mandato expreso de la ley citada, el hecho o hechos materia de la causa, conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan sin darle denominación jurídica.

De lo expuesto se deduce que sólo refiriéndose al auto de proceder puede hallarse fundamento respecto de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, ya que la sentencia definitiva tiene que recaer sobre los hechos que constituyeron la causa.

En el presente caso encuéntrase que Félix Rodríguez fue llamado a juicio por el delito de homicidio perpetrado en la persona de José Arjona Santos, delito definido y castigado en el C. P. en el Libro II, Título 1º, Capítulo 1º.

En la parte motiva del auto de proceder el Juez, confrontando los hechos y los testimonios, hizo resaltar como resultante de las circunstancias que rodearon y antecedieron al delito, la premeditación. Pero acomodándose al precepto imperativo de la ley, formuló el cargo de manera genérica: por el delito de homicidio.

En el interrogatorio sometido al Jurado, de acuerdo con la ley, circunscribió más los hechos materia de la apreciación; formuló el interrogatorio armonizándolo al auto de proceder, y determinó conforme a éste, las circunstncias constitutivas del hecho mismo, entre esas circunstancias figuraba, en el auto de proceder, la premeditación.

Por consiguiente, la primera de las causales invocadas, o sea la 3ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, no puede prosperar.

La otra causal invocada en esta demanda contra la sentencia del Tribunal de Santa Marta, es la marcada en el inciso 1º del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

La señala la ley así:

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

El segundo cuestionario sometido al Jurado reza como sigue:

"El acusado Félix Rodríguez es responsable de haber cometido el hecho que se menciona en la cuestión primera, con acechanza previa, sobreseguro, con traición o alevosía, sorprendiendo a su víctima indefensa o desapercibida?"

El Jurado contestó:

"Sí, pero sin las agravantes de asechanza previa, sobreseguro, traición o alevosía".

Esta respuesta del Jurado afirma o niega las circunstancias de asesinato sometidas por el Juez?

Formalmente las afirma, puesto que puso la palabra "Sí"; pero sustancialmente las niega. La circunstancia de asesinato propuesta en el cuestionario es aquella definida en el numeral 3º del artículo 586 del C. P. El homicidio premeditado toma la denominación de asesinato, según dicho numeral, cuando se comete "con alevosía o a traición y sobreseguro". El mismo numeral enuncia o contempla cuatro formas de esta modalidad criminosa, en cuatro frases, cada una de las cuales principia con el adverbio "ya". Dice en efecto el inciso:

"Con alevosía, o a traición y sobreseguro; ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercibida a la persona asesinada; ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en alguna riña o pelea provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de éste; ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad, o para quitar la defensa al acometido".

El Jurado negó las circunstancias que él llamó "agravantes", "de asechanza previa, sobreseguro, traición o alevosía". De esta suerte, el "sí" del veredicto no puede referirse sino a la frase final del cuestionario que dice: "sorprendiendo a su víctima indefensa o desapercibida".

Ahora bien: la indefensión de la víctima es circunstancia de asesinato, cuando constituye alevosía, traición o sobreseguro, porque, se repite, la indefensión o el estar la víctima desapercibida, son apenas aspectos de la circunstancias de asesinato definida en el numeral 3º del artículo 586; pero cuando no alcanza a constituír alevosía, traición o sobreseguro, la indefensión es tan sólo una circunstancia agravante genérica, como lo prevee el numeral 10º del artículo 117 del C. P.

En estas condiciones el cuestionario de asesinato quedó prácticamente negado, la apreciación del hecho debe circunscribirse al homicidio premeditado, y la pena imponible no es la del artículo 598 que aplicó el sentenciador, sino la del 595 del C. P., es decir, de doce a dieciocho años de presidio, en vez de la inflexible de veinte, que impuso el fallo recurrido.

Debe, pues, prosperar el recurso por este aspecto de la causal 1ª de casación, no obstante la imprecisión de los términos del alegato presentado.

Como en este caso corresponde a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar al que se infirma, esta Sala procede a calificar en segundo grado la delincuencia de Félix Rodríguez, atendiendo a la indefensión de la víctima y a la violencia con que se ejecutó el hecho, como circunstancias agravantes, y a la ignorancia del reo como circunstancia atenuante.

En mérito de lo expuesto, 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, infirma la sentencia del Tribunal de Santa Marta y en su lugar condena a Félix Rodríguez, natural de Vélez, a la pena de quince años de presidio que sufrirá en el lugar que el Gobierno designe. Condénase, además, a Félix Rodríguez a la pérdida de todo empleo o pensión pagadera por el Estado, a la pérdida del arma con que cometió el delito y al pago de las costas procesales.

De conformidad con el Decreto Nº 944 de 1934, el Tribunal de Santa Marta comunicará este fallo al Jurado electoral respectivo para los efectos del sufragio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mafo E., Srio. en ppd.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TESTIMONIO FALSO

En tratándose de testigos falsos y perjuros, el discernimiento ha de ser completo, no puede estar alterado por ninguna tara que nuble la apreciación de los hechos sobre los cuales versa el testimonio. Hay un proceso complejo al exponer el hecho materia de la declaración, que va desde la sensación de lo percibido, atraviesa el estado mnémico, o sea el tiempo que transcurre desde la declaración hasta el momento de la relación misma de ésta. En todas estas etapas, en caso de que se declare de buena fe —valor simple del testimonio como prueba— o que se declare con voluntad de contrariar la verdad de los hechos— es menester, pues, analizar la personalidad psicológica y fisiológica del agente. Es que para que exista voluntad y malicia, que es la característica del hecho delictuoso es necesario el discernimiento, el cual implica una conciencia lúcida en el momento en que se cumple el hecho. Sin discernimiento no puede haber, por lo tanto, voluntad y malicia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto doce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El 19 de mayo de 1934 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo dictó sentencia condenatoria de Félix Martín Sanabria, Joaquín Torres, Ignacio Medrano, como autores del delito de testimonio falso, a la pena de ocho años de presidio, y condenó a Ulises Porras y a Víctor M. Vargas a sufrir igual pena como autores del delito de testimonio falso por ser sobornadores de los prenombrados sentenciados.

Interpúsose oportunamente recurso de casación, el cual fue concedido.

Para resolver se considera:

El 18 de octubre de 1934 dióse le traslado al señor Procurador General de la Nación, quien conceptuó que la Corte antes de fallar el recurso debía dictar auto para mejor proveer, ya que respecto de uno de los sindicados —Félix Martín Sanabria— surgía duda sobre su normalidad psíquica, y que por lo tanto era necesario un examen médico-legal, tal como lo solicitó en las instancias el defensor de Sanabria. De esta manera obtendríase certeza sobre su responsabilidad. Basóse el señor Procurador para este pedimento en los artículos 1715 del C. J., 5º de la ley 33 de 1909 y en el antecedente de solución análoga de la Corte en la causa seguida contra Saturnino Quirós, por heridas.

El Magistrado sustanciador, en auto de 7 de noviembre de 1934, consideró que de conformidad con el artículo 539 del C. J. y en el mandato del artículo 9º de la ley 78 de 1923, la Corte sólo puede dictar autos para mejor proveer, después de infirmar el fallo recurrido por alguna de las causales que, como la primera y la cuarta del artículo 3º de la ley 118 de 1931, le ordenan dictar la sentencia que ha de reemplazar la recurrida, y en que por lo mismo, puede proceder de acuerdo con lo ordenado por el artículo 1715 del C. J. Por tanto —agrega el auto— es menester oír en el fondo al señor Procurador General de la Nación para proceder a dictar el fallo en cuestión.

El 3 de diciembre de 1934 emitió concepto de fondo el señor Procurador, y el 28 de enero de 1935 la Corte profirió sentencia casando parcialmente la sentencia recurrida en lo referente a Félix M. Sanabria y dispuso, además, que antes de dictar el fallo con respecto a este recurrente, se le trajese y examinase en Bogotá por los médicos legistas, con el fin de que dictaminasen con toda claridad y precisión, si en la fecha en que se cometió el delito, dicho individuo estaba o no en estado de verdadera demencia o locura, o privado involuntariamente del uso de su razón. Por lo que hace a los otros recurrentes, confirmó la sentencia.

La Corte, en el fallo proferido el 28 de enero de 1935 ya mencionado, encontró fundado el pedimento del señor Procurador. Casó parcialmente la sentencia a fin de dictar el auto para mejor proveer, y luégo entrar a fallar el negocio con respecto a Sanabria, en una de dos soluciones: o bien revocándolo si resulta persona irresponsable, o bien manteniendo en firme la sentencia recurrida si del dictamen médico-legal resultare lo

contrario; procediendo de conformidad con el artículo 4º de la ley 118 de 1931, que ordena invalidar el fallo recurrido cuando resulta procedente la causal 1ª del artículo 3º de la misma ley, causal alegada por el defensor de Sanabria.

Redúcese, pues, el trabajo de la Corte en el presente proveído a analizar el dictamen médico-legal, y a conceptuar si es suficiente para considerar a Sanabria como irresponsable, y aplicarle consecuencialmente la disposición pertinente del C. P.

El 6 de julio de 1935, la Oficina Central de Medicina Legal emitió su concepto, previo examen del estado somático y psíquico de Sanabria. Dicho concepto es del tenor siguiente:

"Se trata de un individuo de unos 55 años de edad, un poco enflaquecido y con una hemiplegia antigua derecha (parálisis completa del lado derecho). Se aprecia bastante dificultad al pronunciar las palabras (disartria). El temblor del pulso se manifiesta en los rasgos de su firma, que sólo puede ponerla con la mano izquierda, y con muchas oscilaciones en sus líneas.

"Por los antecedentes suministrados y en vista de las lesiones que hoy revela, como son la hemiplegia derecha y la disartria, se deduce que hubo una hemorragia en el lado izquierdo del cerebro, que por haberse localizado en la zona psicomotora, le produjo como consecuencia inmediata una parálisis del lado derecho del cuerpo y una afasia (pérdida) de la palabra, que después fue mejorando hasta quedarle sólo una disartria definitiva. La hemiplegia no tuvo mejoría ninguna, a pesar del tiempo transcurrido, y ha quedado como lesión permanente.

"Según las declaraciones que figuran en el informativo, este individuo antes de sufrir esta lesión cerebral tenía bien desarrolladas sus facultades intelectuales y desempeñó algunos puestos importantes de acuerdo con sus capacidades; pero posteriormente ha venido a manifestar un marcado déficit mental que lo imposibilita para trabajos intelectuales.

"Actualmente su atención y memoria están visiblemente perturbadas; se aprecia un estado depresivo general, y es su conversación dificultuosa, poco expansiva, y fácilmente se ve que hubo un proceso de reblandecimiento cerebral, que sin haberle producido un estado demencial, en que sus facultades intelectuales, morales y afectivas, se hubieran perturbado totalmente, sí le quedó definitivamente una debilidad mental muy caracterizada. Es necesario observar que estas personas en dicho estado son muy sugestionables, dado que el control inhibitorio de su voluntad se altera visiblemente.

"Ahora bien, para dar contestación a la pregunta precisa formulada por la honorable Corte Suprema de Justicia, concluímos así:

"1º El señor Félix Sanabria sufrió, según las declaraciones que figuran en el expediente, de una lesión cerebral mucho tiempo antes de sucederse los hechos por que se le sindica; por lo tanto en esa época existía ya su déficit mental manifiesto, consecutivo a un reblandecimiento del cerebro.

"2º En nuestro concepto el señor Sanabria cuando verificó los actos por los cuales se le ha llamado a juicio, no estaba en un completo estado demencial, pero sí experimentaba graves perturbaciones en su psiquismo, que disminuyeron en mucho sus capacidades intelectuales, alterando su afectividad, juicio y raciocinio, y que en definitiva también atenuó el poder inhibitorio de su volición.—(Fdos.) Guillermo Uribe Cualla, R. Martínez B.".

Dióse luégo traslado al señor Procurador General de la Nación con el objeto de que en vista del precedente dictamen médico-legal diera su concepto. Y el 14 de agosto de 1935 dijo:

"El dictamen de los expertos en materias mentales resultó de acuerdo con lo que este despacho alegó en favor de Sanabria cuando dijo:

"Un sér así, señores Magistrados, sin libertad moral, sin control ni concierto en sus ideas, no está en el pleno uso de su razón y es, por consiguiente, excusable, al tenor de lo dispuesto en el artículo 29 del Código de las penas.

"Vosotros ya habéis casado la sentencia contra ese desventurado y os falta tan sólo hacerle la justicia que merece, dictando el fallo correspondiente. Dictadlo, pues, en buena hora".

Es de observar que el defensor de Sanabria pidió en las instancias un examen psiquiátrico de su defendido. La prueba fue decretada por el Tribunal; comisionó al efecto a la Oficina Central de Medicina Legal de esta ciudad, pero la absoluta falta de recurso del interesado hizo imposible el traslado de Sanabria a Bogotá. En vista de esto el señor defensor adujo cuatro declaraciones que vienen a reforzar lo conceptuado por la Oficina Central de Medicina Legal.

Estos cuatro declarantes afirman que Sanabria sufrió hace más de veinte años una parálisis parcial del lado derecho; que antes de este tiempo ocupó puestos de impor-

tancia, como Secretario de la Prefectura de la Provincia, cargo en que se distinguió como modelo de funcionarios; que los sucesivos Prefectos de aquel tiempo no lo removieron en atención a su rectitud y competencia; que de veinte años a esta parte, poco más o menos, debido a la enfermedad es hombre inepto para todo trabajo; y que desde entonces ha revelado idiotismo en todos los actos de su vida, completa inconexión en sus ideas, dificultad evidente en las palabras y marcada reducción de los razonamientos.

En vista de las anteriores pruebas, y sobre todo dado los términos del examen médico-legal, que para la Corte es lo más diciente, infiérese que sin duda alguna se trata de un hombre que no procedió en el acto de delinquir de un modo voluntario y consciente, sino a la manera del autómata, sin proceso lógico alguno.

El notable déficit mental de que padece Sanabria, si no total como lo dice el dictamen, sí debe apreciarse a la luz de los principios psiquiátricos, y atendiendo además a los caracteres esenciales del delito que se le imputa, y que es el de testigo falso.

Si todo delito para su existencia requiere —según nuestra ley positiva— la maliciosa y voluntaria violación de la ley de la cual se incurre en alguna pena (art. 1º del C. P.), es claro que en los varios delitos castigados por el mismo Código, para su especificación exígese el discernimiento para la imputabilidad, sin la cual no hay agente responsable.

En tratándose de testigos falsos y perjuros, el discernimiento ha de ser completo, no puede estar alterado por ninguna tara que nuble la apreciación de los hechos sobre los cuales versa el testimonio. Hay un proceso complejo al exponer el hecho materia de la declaración, que va desde la sensación de lo percibido, atraviesa el estado nemónico, o sea el tiempo que transcurre desde la declaración hasta el momento de la relación misma de ésta. En todas estas etapas, en caso de que se declare de buena fe —valor simple del testimonio como prueba—o que se declare con voluntad de contrariar la verdad de los hechos— es menester, pues, analizar la personalidad psicológica y fisiológica del agente. Es que para que exista voluntad y malicia, que es la característica del hecho delictuoso es necesario el discernimiento, el cual implica una conciencia lúcida en el momento en que se cumple el hecho. Sin discernimiento no puede haber por lo tanto voluntad y malicia.

Y en el caso presente se encuentra clásicamente la persona anormal, que por la lesión que le afecta no puede apreciar todo el alcance de su acción al declarar en tal o cual sentido. Carecía de juicio y discernimiento.

Por lo expuesto, se trata de una persona excusable al tenor del artículo 29 del C. P. Félix Sanabria se hallaba, según los comprobantes traídos a los autos, privado involuntariamente del uso de su razón. Le es aplicable entonces el artículo ya citado y no el 413 en relación con el 408 de la misma obra y correspondiente al Capítulo XII, Libro II, Título VIII, como lo hizo la sentencia recurrida. Así, pues, la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931 alegada prospera y procede la Corte a dictar el fallo que deba reemplazarla, y en consonancia con el artículo 4º de la citada ley, corresponde a la Corte dictar el fallo que debe reemplazar parcialmente el que se casa.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, 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, en vez de la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo de 2 de mayo de 1934 en lo referente a Félix Martín Sanabria, absuelve a dicho señor, mayor de edad y vecino de Floresta, del delito de testimonio falso imputado por causa de las declaraciones rendidas ante el Juzgado 2º Superior de ese Distrito, en el sumario que allí se le seguía a Ulises Porras por el delito de estafa. Además ordénase la devolución de la suma de diez pesos ($ 10) que en calidad de multa debió pagar.

Por la Secretaría líbrese orden telegráfica a la Penitenciaría de Tunja para que se ponga en libertad a Félix Martín Sanabria.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

HOMICIDIO

Para que pueda prosperar la causal 5.ª de casación que reconoce el artículo 3.º de la ley 118 de 1931, es preciso que la cuestión referente a injusticia notoria del veredicto haya sido discutida previamente en las instancias del juicio. Cuando ni el cuestionario ni el veredicto formulan modificación alguna, el juzgador no puede, al dictar la sentencia, declarar modalidades ajenas al contenido de la respuesta de los jurados relacionada con la pregunta del juez.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, agosto veinticinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, por sentencia de 5 de diciembre de 1935, confirmó la del Juzgado Superior de ese Distrito Judicial, que condena a Eduardo Gómez a la pena de ocho años de presidio, calificando su delincuencia en segundo grado, pero disminuyendo la sexta parte diferencial entre el máximo y el mínimo, por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Adriano Chaparro.

El defensor del reo interpuso oportunamente recurso de casación invocando las causales 1ª y 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931.

En su escrito ante el Tribunal se limita el recurrente a señalar las causales, prometiendo ampliarlas ante la Corte, lo que en efecto se hizo por el mismo reo del modo siguiente:

"Yo, Nazario C. Moreno Herrera, varón, mayor de edad y vecino de Santa Rosa de Viterbo, con el debido acatamiento, os manifiesto: Como defensor del señor Eduardo Gómez, en la causa que se le sigue por el delito de homicidio, interpuse el recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que lleva fecha veintiuno de noviembre del año próximo pasado, confirmatorio de la de primera instancia fechada el treinta de septiembre del mismo año, y en la cual se le condenó a mi cliente a la pena de ocho años de presidio.

"He interpuesto, señor magistrado, el recurso de casación contra la memorada sentencia por creerla injusta e ilegal.

"La causal que ha servido de fundamento para interponer el memorado recurso es la primera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, la que dice terminantemente: 'Ser la sentencia violatoria de la ley penal por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma'. Con efecto: propuesto al jurado de conciencia el respectivo cuestionario, aquél contestó en forma afirmativa sin ninguna modificación. Pero esta contestación no quiere decir que el juzgador no tuviera en cuenta la modificación que aparece en los autos, es decir, la circunstancia en que obró mi defendido Gómez. Pero resulta que el H. Tribunal Superior, no tuvo en cuenta ninguna modificación y confirmó la sentencia de primera instancia, es decir, que acogió la misma tesis del juzgado sentenciador de primera instancia. Y eso no es justo porque a mi defendido no se le puede imponer la pena de ocho años de presidio, ya que el delito no puede encajar entre los delitos de homicidio simplemente voluntarios, sino entre los considerados entre los menos graves.

"La otra causal que me ha servido de fundamento para interponer el recurso de casación, consiste en que en la sentencia se ha querido que haya solución de continuidad entre los ultrajes inferidos por las mujeres a Eduardo Gómez y el ataque a cuchillo que le hizo el occiso Chaparro y el garrotazo que le propinó Gómez al mencionado Chaparro.

"No habiendo solución de continuidad, como al efecto no la hay entre estos hechos, no es el caso de sentenciar a Eduardo Gómez a la pena que se le ha impuesto.

"Reproduzco, pues, en un todo el alegato mío de segunda instancia, y con atención os pido, señor magistrado, que caséis la sentencia que es materia del recurso.

"De se modo quedarán salvados los fueros de la justicia y no se lesionará el sagrado derecho de libertad de mi defendido tantas veces dicho".

El señor Procurador General de la Nación pide en su vista, que se declare desierto el recurso de casación, anotando que no obstante haberse éste interpuesto, se señalaron únicamente las causales, pero el recurso no se fundamentó, ni ante el Tribunal, ni ante la Corte.

Agrega el señor Procurador que no cree oportuno ejercitar la facultad consagrada en el artículo 5º de la ley 118 de 1931, porque encuentra la condenación del procesado Gómez, legal y justa.

Para resolver se considera:

Estima la Corte que no es el caso de declarar desierto el recurso, porque si se invocaran como causales, la 1ª y la 5ª de casación, y porque, mal o bien, en el escrito ante la Corte parece alguna fundamentación para su estudio.

Respecto de la causal 5ª, para descartarla basta observar que la injusticia notoria del veredicto, en la cual ella consiste, no fue cuestión debatida en las instancias, requisito indispensable para que esa causal pueda prosperar.

La causal 1ª la hace consistir el recurrente en que hubo mala aplicación de la ley penal, porque tanto el juez a quo como el Tribunal, aplicaron la pena del artículo 600 del Código Penal, siendo así que debían haber aplicado la del artículo 602, por tratarse de un homicidio voluntario de los menos graves que contempla el artículo 587.

El cuestionario que se sometió a la consideración del jurado y que se contestó de modo sencillamente afirmativo, es del siguiente tenor:

"El acusado Eduardo Gómez, mayor de edad y natural de Duitama, es responsable de haber dado muerte, intencional y voluntariamente, a Adriano Chaparro, a consecuencia de un fuerte golpe causado en la cabeza con instrumento contundente, hecho ocurrido en la taberna denominada 'La Dorada', de la comprensión jurisdiccional de Duitama, en las primeras horas de la noche del día veintinueve de julio de mil novecientos treinta y cuatro?".

En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando ni el cuestionario ni el veredicto formulan modificación alguna, el juzgador no puede al dictar la sentencia declarar modalidades ajenas al contenido de la respuesta de los jurados relacionada con la pregunta del juez.

Por otra parte, como ocurre en el presente caso, el cuestionario y el veredicto del jurado, son un fiel trasunto de los cargos deducidos al procesado en el auto de enjuiciamiento.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, 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 que no es el caso de infirmar, y no infirma, la sentencia del Tribunal de Santa Rosa de Viterbo, fechado el seis de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, por la cual se impuso a Eduardo Gómez la pena de ocho años de presidio por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Malo B., Srio. en ppdad.

RECURSO DE HECHO

La casación requiere un límite o cuantía en los asuntos que deban ser materia de ella. 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 texto 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.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias)

El 31 de enero de 1935 el Juez 2º del Circuito de Tunja profirió sentencia condenatoria en contra de Belisario Rincón sindicado del delito contra la hacienda pública, a la pena de cinco años de presidio, previa calificación de la delincuencia en segundo grado, dando aplicación a los artículos 460, inciso 3º del C. P. en relación con el 480 del C. J. y los numerales 1º, 2º y 4º de los artículos del C. P.

El señor Belisario Rincón oportunamente interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Tunja, quien por sentencia de agosto 20 de 1935 confirmó en todas sus partes la providencia objeto de la apelación.

El señor defensor del sindicado pidió al Tribunal que corrigiese su sentencia en el sentido de reconocer a favor de su defendido la prescripción y en subsidio interpuso recurso de casación. Ninguno de los dos pedimentos le fue concedido por el Tribunal, y entonces recurrió de hecho ante la Corte.

Por auto de 28 de abril del corriente año, el Magistrado sustanciador consideró que la documentación no estaba completa, y basado en el artículo 515 del C. J., pidió del Tribunal Superior de Tunja la compulsa de las copias referentes a la solicitud de reposición del auto que deniega la concesión del recurso y el pedimento subsidiario relativo a la copia de la providencia que ha de ser materia del recurso de casación; así como también las fechas de las respectivas notificaciones para saber si las solicitudes fueron presentadas en tiempo, todo de acuerdo con el artículo 516 del C. J. El 12 de agosto pasado llegó a la Corte la documentación solicitada y en ella hállase que el recurso de hecho fue instaurado conforme a la ley. Por ello la Corte pasa a resolver el fondo del asunto, previas las siguientes consideraciones:

El señor Belisario Rincón fue condenado a la pena de cinco años de presidio. Por lo tanto el punto para resolver es si esta sentencia que impone pena de cinco años puede ser materia del recurso extraordinario de casación.

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 imputación de una pena que sea o exceda de seis años de presidio, reclusión o prisión".

El señor apoderado da a la disposición transcrita la siguiente interpretación:

"Al tenor del artículo 480, en armonía con el 480 del Código Penal, calificando la delincuencia de Belisario Rincón en segundo grado, se le aplicó la pena de cinco años de presidio; al tenor de las dos disposiciones aplicadas, la pena en su grado medio es de seis años de presidio que por disposición legal debe disminuírse en una sexta parte; el artículo 1º de la ley 78 de 1923, establece que el recurso de casación contra las sentencias definitivas en materia penal, debe concederse cuando la pena sea o exceda de seis años de presidio; pero el artículo primero de dicha ley tiene la expresión 'de las cuales resulte' y dentro de tal locución cabe con buen criterio, la admisión del recurso en casos como éste, en que la pena fue de seis años, quitándole así una sexta parte por disposición expresa del Código Penal, porque en realidad la pena fue de seis años descontada la sexta parte".

Corrobora su argumentación el recurrente aduciendo varios casos en que la Corte Suprema ha concedido el recurso de casación contra sentencias que señalan tres años de presidio.

Ciertamente la Corte asentó dicha jurisprudencia en años pasados. Pero en reciente fallo de 27 de marzo del corriente año, GACETA JUDICIAL Nos. 1,901 y 1,902, la actual Sala, con el debido acatamiento a la opinión de los anteriores Magistrados, varió la jurisprudencia y expuso una nueva doctrina que se puede sintetizar así:

La casación requiere un límite o cuantía en los asuntos que deban ser materia de ella. 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 texto 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.

El fallo aludido, pertinente al presente caso, por todos sus aspectos, dice:

"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 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 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 de que 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".

Lo expuesto es suficiente para concluír que el recurso de casación no puede admi-

tirse en el presente caso, toda vez que la pena impuesta por la sentencia del Tribunal es la de cinco años de presidio.

A mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, niega el recurso de hecho interpuesto por el doctor Anibal de J. Medina como apoderado del señor Belisario Rincón.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

Hay mala aplicación de la ley penal cuando se somete al jurado un cuestionario no formulado de acuerdo con el auto de proceder. (Art. 47, ley 169 de 1896).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre catorce de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El Juzgado 1º Superior de Cali, por sentencia de 1º de marzo de 1935, condenó a Justo Campo G. a la pena de veinte años de presidio como autor del delito de asesinato en la persona de Inés Pérez.

El Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial, el 10 de marzo de 1935, confirmó el fallo de primera instancia.

Contra esta sentencia interpuso oportunamente recurso de casación el defensor del reo, recurso que le fue concedido.

Ante la Corte el negocio, se surtieron los trámites de regla.

Para resolver, se considera:

Anota el señor Procurador General de la Nación en su vista, que el defensor, si bien invocó ante el Tribunal varias causales de casación, no formuló alegato adecuado para fundarlas; y que en la Corte el apoderado del recurrente, aun cuando presentó escrito para sustentar el recurso y formular nuevas causales, no lo allegó oportunamente, y ni siquiera le fue reconocida su personería.

Por estas deficiencias, la Procuraduría concluye "que sería el caso de declarar desierto el recurso por falta de fundamento"; pero acogiéndose a lo preceptuado en el artículo 6º de la ley 118 de 1931, alega lo siguiente en favor del reo:

"La premeditación es hija del entendimiento y de la voluntad nace y se desarrolla mediante un proceso mental a baja temperatura, es decir, lejos de la pasión del momento y de toda causa que despierte una reacción violenta en el ánimo del agente. La deliberación es fría, resuelta y calculadora; y cuando tiene por objeto la eliminación de un sér humano, ella obedece necesariamente al odio profundo, al deseo de vengarse o al de apoderarse de algo que pertenece a la presunta víctima. Como fenómeno psicológico, la premeditación no se demuestra sino por hechos externos, por actos que le den a conocer de manera inconfundible. De otra suerte no puede jamás darse por probada jurídicamente, máxime cuando de su supuesta existencia pueden desprenderse gravísimas consecuencias para una persona determinada.

"Aquí se supuso que el homicidio cometido por Campo en Inés Pérez era premeditado, y se le castigó como asesino por la sola circunstancia de que la mujer estaba indefensa, ya que no dormida, porque en el proceso hay plena prueba de que estaba despierta y muy despierta. ¿Dónde está la demostración o siquiera el indicio de que Campo hirió de muerte a la Pérez de manera deliberada? Yo no la encuentro en el proceso, ni veo el móvil de tal premeditación, ya que el hombre no odiaba a su concubina, no tenía que vengar nada en la madre de sus hijos, ni esperaba que la muerte de ésta le reportara beneficio alguno. Pero se dirá: a qué obedeció entonces el atentado antisocial? Muy fácil explicarlo humanamente.

"Hasta pocos meses antes del 2 de abril de 1934 Inés Pérez había sido la hembra dócil y enamorada que se plegaba a los apetitos carnales de Campo. En la noche aque-

lla éste había bebido licor y al pasar por cerca de la casa de Inés, la memoria de los sentidos se despertó excitada por el alcohol, y ocurrió lo que debía ocurrir: Campo impulsado por un libidinoso deseo recordó la entrada que fácilmente lo conducía antes a la alcoba de su querida; siguió por ella como de costumbre, pero al llegar al término anhelado tuvo la desagradable sorpresa de encontrar un hombre en el lecho de la que todavía consideraba suya. Entonces vino la pasión celosa, el airado sentimiento del macho que se juzga traicionado, y el delito se desarrolló en las condiciones conocidas. Si así ocurrieron las cosas, no es posible admitir la premeditación. Pero que ésta no existió, lo está diciendo a voces el auto de proceder, en donde no se habla para nada de tal circunstancia, lo cual significa, por otra parte, que no sólo se apreció erradamente la prueba del cuerpo del delito, sino que se aplicó mal la ley penal al someter al jurado un cuestionario no formulado de acuerdo con el auto de proceder. (Art. 47, ley 169 de 1896). Y no sólo se violó la disposición que acaba de citarse, sino que se sorprendió indebidamente al enjuiciado con un gravísimo cargo de última hora, del cual ya no podía defenderse. Y al condenarlo por asesinato, es indudable que se interpretó erradamente la ley penal, pues tan sólo se trataba de un homicidio simplemente voluntario".

De los argumentos aducidos por el señor Procurador, compaginados con los propuestos por el señor apoderado del recurrente ante la Corte, se deduce un reparo fundamental contra la sentencia, consistente en acoger ella para la aplicación de la pena el factor premeditación, el cual no aparece mencionado en el llamamiento a juicio, lo que quiere decir que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.

Y como éste es el motivo determinante de la causal 4ª de casación, el recurso puede prosperar por tal aspecto, ya que revisados el auto de proceder del juez y el del Tribunal que lo confirmó, resulta que en ninguna de esas providencias aparece dicho cargo de premeditación contra el procesado.

Toca a la Corte, de conformidad con el inciso 1º, artículo 4º ley 118 de 1931, al invalidar la sentencia recurrida, dictar el fallo que deba reemplazarla.

El homicidio de autos queda en la categoría de simplemente voluntario, al tenor del enjuiciamiento, del cuestionario y del veredicto del jurado, descartada como queda en este fallo la circunstancia de la premeditación; y debe, pues, aplicarse el artículo 600 del Código Penal.

La delincuencia se califica en segundo grado, en atención a la concurrencia de circunstancias atenuantes, con las agravantes de la mayor violencia en el ataque, el haberse efectuado éste en la noche, y el sexo femenino de la víctima.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en armonía con 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, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali, fechada el diez (10) de mayo de mil novecientos treinta y cinco (1935), por la cual se impuso a Justo Campo G. la pena de veinte años de presidio; y en su lugar condena al mismo Justo Campo G., a la pena de nueve (9) años de presidio por el delito de homicidio perpetrado en la persona de Inés Pérez, descontándosele como parte cumplida de la pena el tiempo que el reo haya estado en detención o prisión preventiva.

Condénase, además, a Justo Campo G., a la suspensión indefinida de los derechos políticos, a la pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagadera por el tesoro; a la pérdida en favor del Estado, por vía de multa, del arma con que cometió el delito, y al pago de las costas procesales.

Por el jurado de origen se dará cumplimiento a lo dispuesto en el decreto Nº 344 de 1934, para los efectos de la anotación de esta sentencia en el censo electoral permanente del domicilio del reo.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mafo E., Srio. en ppdad.

JUSTICIA MILITAR.—DECLARACION DE NULIDAD DE UN JUICIO MILITAR.

No puede ser responsable de un delito militar quien no tenía esta calidad. En materia penal es un postulado no discutido el de que los efectos de una calidad personal determinada no pueden retrotraerse, para aplicar o para agravar una pena, a tiempo anterior al de la adquisición de esa calidad.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Salvador Iglesias)

El Consejo de Guerra ordinario reunido en Cúcuta el 24 de abril de 1936 profirió sentencia condenatoria en contra de Jesús Leal Rodríguez como responsable del delito de deserción.

El señor Procurador General de la Nación no encuentra qué objetarle a la sentencia consultada y por tanto estima que debe confirmarse.

El señor defensor del sindicado, alega que Leal Rodríguez no tenía el carácter de militar al tiempo de la ejecución del hecho delictuoso. Agrega que el 27 de septiembre de 1935 fue dado de alta y que la deserción se efectuó el 17 del mismo mes. Luego no puede considerarse a su defendido como incorporado a un cuerpo del ejército; y concluye pidiendo "se pasen las actuaciones a los jueces ordinarios, a fin de que se investigue la responsabilidad que pueda caberle a Jesús Leal Rodríguez, por haber penetrado, permanecido y salido del Batallón de Infantería Nº 4, sin haber tenido en todo el tiempo en que permaneció, carácter militar alguno, como lo demuestran las piezas referidas que obran en el expediente".

Para resolver, se considera:

Efectivamente, al folio 12 del cuaderno Nº 1 aparece copia de la orden de alta de Jesús Leal como soldado, que lleva fecha de 27 de septiembre de 1935. Y al folio 1º del mismo cuaderno aparece el informe del Teniente Rafael García, quien comunica al Comandante del Batallón que el 17 de septiembre el soldado Leal Rodríguez huyó del cuartel. El Auditor de la Brigada anotó al folio 20 esta irregularidad y ordenó su aclaración y ésta se hizo del modo siguiente: el Comando de la Brigada, por medio del telegrama Nº 4709, fechado el 11 de septiembre de 1935, autorizó al Comando de Santander para causar alta a los conscriptos así: día primero de dicho mes, a cincuenta de éstos; día dos, a cien; día tres, a ochenta y día nueve a cincuenta. Y en virtud de esta autorización el 27 de septiembre figura una orden del día en los siguientes términos:

"Las novedades de alta del personal de conscriptos, se causarán de acuerdo con el telegrama Nº 4709, del Comando de la Brigada, así: Día 1.—Compañía de Ametralladoras. — Conscriptos .....

.....

Jesús Leal ..... etc., etc."

El juez sustanciador expresó que a fin de corregir la anomalía que anotaba el señor Auditor de Guerra quedaba aclarado que la novedad de alta de Jesús Leal se verificó el día 1º de septiembre.

En síntesis, pues, lo que aconteció fue que la autorización para dar de alta a los conscriptos la tenía el Comando desde el 11 de septiembre en los términos arriba expresados, pero no se efectuó verdaderamente el reconocimiento de alta sino el 27 del mismo mes, retrotrayéndose los efectos de alta, a la fecha 1º de septiembre.

Este procedimiento puede que sea de usanza en el Ejército; pero no es aceptable, sobre todo en casos como en el presente, en que la responsabilidad del sindicado pende de la calidad de ser o no militar.

En materia penal es un postulado no discutido el de que los efectos de una calidad personal determinada no pueden retrotraerse, para aplicar o para agravar una pena, a tiempo anterior al de la adquisición de esa calidad.

Ya se dijo que el día 17 de septiembre de 1935, cuando Leal Rodríguez se evadió del cuartel, no estaba aún dado de alta; y si bien es cierto que las autoridades militares—no sin alguna vacilación—lo han considerado como miembro del Ejército con anterioridad a aquella fecha, por la circunstancia de que la novedad de alta se produjo luégo con efecto al 1º de septiembre de 1935, la Corte estima que esa retroactividad, aceptable para cuestiones fiscales y administrativas, no puede acarrear consecuencias de naturaleza estrictamente penal.

Y aun cuando es verdad que esta duda sobre el carácter militar del procesado, ha debido resolverse en su favor, de acuerdo con elementales normas de derecho, no es menos cierto que la simple absolución del

procesado planteaba un serio problema en relación con la disciplina, pues no es posible admitir que los conscriptos dentro de los cuarteles y mientras se les da de alta, carezcan en absoluto de algún carácter militar.

Pero la manera de conjurar esta dificultad la suministra la misma ley 84 de 1931 en varias de sus disposiciones, v. gr., los artículos 18 y 214, los cuales someten a los castigos disciplinarios o penas correccionales que indiquen los respectivos reglamentos, a quienes incurren en hechos similares al delito de deserción, pero que no reúnen las características jurídicas de éste.

Así las cosas, en el asunto que se estudia y a la faz del artículo 111 de la Ley de Justicia Militar (numerales 6º y 7º), bien por haberse incurrido en una errónea aplicación de la ley penal, ya por no haberse establecido la identidad militar del reo con la prueba correspondiente, el proceso está afectado de nulidad y su declaratoria corresponde a la Corte (art. 112 ibídem).

En mérito de lo expuesto, 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, declara nulo el juicio militar contra Jesús Leal Rodríguez por deserción; ordena que cese el procedimiento y dispone la inmediata libertad del sindicado, con observancia de los reglamentos militares.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Maio B., Srio. en ppdad.

AHORCAMIENTO.—CONDENA DE VEINTE AÑOS DE PRESIDIO.

Se alega error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito (causal 3a), por cuanto en el dictamen médico-legal se sugiere la posibilidad de un suicidio. La causal no prospera: El problema de si el ahorcamiento obedeció a hecho propio o a obra de terceros, penetra en la zona de la responsabilidad; y en este caso, la prueba del cuerpo del delito no consiste en el solo dictamen pericial, sino que se complementa con los demás elementos de convicción que aparecen en el proceso. La causal 5.a sobre injusticia notoria del veredicto, basada en que la prueba de la responsabilidad fue de meros indicios, que el recurrente estima deficientes, tampoco prospera: Todos los indicios convergen a demostrar la responsabilidad de los reos, y la posibilidad de que un veredicto pueda ser equivocado, está lejos de identificarse con la injusticia notoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Juez 1º del Distrito Judicial de Santa Marta presentó a la consideración del jurado reunido en esa ciudad el 8 de agosto de 1934, para decidir acerca de la responsabilidad de Félix A. Sánchez, Marcos Avila, Carmen Rosa Avila y Ana Ramona García, sindicados del delito de homicidio en la persona de Rafael Olavarría, sendos cuestionarios concebidos en los siguientes términos:

"Cuestión primera.—El acusado Félix A. Sánchez es responsable de haberle dado muerte voluntaria y violentamente a Rafael Olavarría, habiéndole introducido para ello, con fuerza, un pañuelo en la boca de Olavarría, hasta dejarlo en un estado de inconciencia, y una vez verificado esto, arrastrándolo hasta el patio de la casa en donde se perpetró el delito, que era la de Olavarría, colgándolo con una manila de la puerta del baño de la expresada casa, hecho que ejecutó el referido Sánchez en compañía de otros, en la noche del treinta y uno de octubre de mil novecientos trein-

ta y dos, y en ese hecho hubo premeditación de parte del acusado?".

"Cuestión segunda.—El acusado Félix A. Sánchez ha cometido el hecho que se menciona en la cuestión primera, con traición, alevosía, sobreseguro, sorprendiéndose a la víctima indefensa o desapercibida para el ataque?".

Iguales preguntas se formularon al jurado para Marcos Avila y Carmen Rosa Avila.

El jurado contestó estos cuestionarios de la manera siguiente: "Sí por mayoría".

Con respecto a la otra acusada, el cuestionario, que el jurado contestó en forma negativa, fue así:

"Cuestión única.—La acusada Ana Ramona García Villafaña es responsable de haber ocultado a sabiendas la perpetración de la muerte voluntaria y violenta cometida en la persona de Rafael Olavarría, hecho que se ejecutó en la noche del treinta y uno de octubre de mil novecientos treinta y dos, en la casa de habitación de la víctima Olavarría?".

De conformidad con estos veredictos el juez de la causa, en sentencia de 9 de agosto de 1934, impuso la pena de veinte años de presidio a cada uno de los acusados, Félix A. Sánchez, Marcos Avila y Carmen Rosa Avila, dando aplicación al artículo 598 del Código Penal, en armonía con el Acto Legislativo número 3 de 1910, artículo transitorio B., y las accesorias de rigor. La misma sentencia absuelve a Ana Ramona García.

Apelado el fallo anterior por el defensor de los reos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta lo confirmó en todas sus partes por sentencia dictada el 29 de octubre de 1934.

Contra el proveído de segunda instancia se interpuso recurso de casación ante la Corte, y surtidos como se hallan los trámites de regla, se pasa a resolver:

Los hechos criminosos que motivaron el proceso se desarrollaron en la forma siguiente:

El día 1º de noviembre de 1932, la señora Soledad de Garzón dio aviso telefónico a la Inspección Central de Policía de Santa Marta, de que en el número 62 de la calle del Comercio había aparecido un hombre ahorcado. Trasladados allí el Inspector y su Secretario hallaron que en el baño de esa casa colgaba un hombre atado por el cuello y en estado rígido, y el cadáver correspondía a la persona de Rafael Olavarría, quien habitaba dicha casa. Más tarde los funcionarios de policía encontraron en el monte un baúl que pertenecía al mismo Olavarría.

Reconocido el cadáver, los médicos legistas opinaron que el término de la vida de Rafael Olavarría había sido por ahorcamiento, lo cual no excluía ni la posibilidad de un suicidio, ni que hubiera podido ser suspendido antes por manos criminales en estado de síncope, o al menos de inconsciencia.

Todas las sospechas recayeron sobre Félix A. Sánchez, Marcos Avila, Carmen Rosa Avila y Ana Ramona García, como autores de este delito; pues la noche anterior habían pernoctado en casa de Olavarría, invitados por éste, y al amanecer del día siguiente no aparecieron en la casa, sino que fueron encontrados en un sitio distante de la ciudad, adelante de Jamonacal.

Adelantada la investigación, llegó a comprobarse lo siguiente: Que Marcos Avila, Félix A. Sánchez, Carmen Rosa Avila y Ana Ramona García llegaron a Santa Marta en la tarde del 31 de octubre y comieron en la fonda de la señora Soledad de Garzón, en donde entraron en relaciones con Rafael Olavarría; que éste supo por boca de los recién llegados que habían venido a Sta. Marta con el propósito de dormir o irse a la madrugada siguiente para las colonias a buscar trabajo en la cosecha de café; que Olavarría les dijo que si no fuera por la necesidad de entregar un dinero que estaba en su poder, los acompañaría, pues también tenía que ir por esos lugares; que el mismo Olavarría los invitó o les ofreció generosamente su pieza de habitación para que pasaran la noche, ya que los viajeros le dijeron que no llevaban dinero para pagar la posada, oferta que aceptaron, y que en consecuencia se fueron todos a dormir donde Olavarría a eso de las nueve y media de la noche.

Lo sucedido luego en casa o pieza del señor Olavarría, lo relata Ana Ramona García en los siguientes términos:

"Que la noche del treinta y uno de octubre último, a eso de las diez y media de la noche, después de acostados, ella y sus compañeros Marco Avila, Félix A. Sánchez y Carmen Rosa Avila, en la pieza de habitación del señor Rafael Olavarría, en donde también estaba él acostado en su hamaca y perfectamente dormido, despertó la declarante y vio cuando Carmen Rosa Avila, acompañada de los otros dos hombres, le metía un pañuelo en la boca al señor Olavarría y luégo lo cogieron entre ellos todos, y cortando una de las cabullas que servían a la hamaca del señor Olavarría, Carmen, lo arrastraron hacia una pieza del patio y Félix Antonio Sánchez se llevó el madero que sirve de tranca a la puerta de la calle,

y con la manila y esa tranca lo colgaron en la pieza del baño, que la exponente sentada en un rincón contemplaba estupefacta lo que estaban haciendo sus compañeros y por miedo de que fueran a hacer con ella lo mismo no gritó; que luégo la declarante resolvió abrir la puerta para irse porque ella temía que llegara la policía y los sorprendieran en aquello, y salió caminando y entonces Carmen la alcanzó y le dijo: 'que si hablaba alguna cosa o si denunciaba, la mataría a ella'. Que todos se fueron por la carrilera y tomando la Avenida del Libertador, que durmieron un rato en la Quinta de Bolívar, de propiedad del señor Flye, y como a las dos de la mañana salieron en la chiva para Jamonacal y al llegar allí siguieron de a pie y adelante en donde se bifurcan dos caminos, habiendo dicho Avila que uno de esos cogía para Santa Teresita y el otro para Cincinati Félix Antonio Sánchez propuso coger para Santa Teresita, pero la exponente se opuso y dijo que debían seguir para Cincinati aun cuando los cogieran allá, porque esa era la dirección que habían llevado desde el principio; que seguramente debieron abrir el baúl pero ella no lo vio ni sabe qué dinero tendría porque se fue antes, como ha dicho ya".

La relación anterior se halla confirmada con las palabras de Carmen Rosa Avila, quien manifestó lo siguiente:

"Que en la noche del treinta y uno de octubre pasado, a eso de las once, estando acostada en la habitación Nº 62 de la calle del Comercio, como dijo en su declaración anterior, con sus compañeros Sánchez, la García Villafaña y Marcos Avila, su hermano, se despertó de pronto y vio cuando Félix Antonio Sánchez, luchaba por sofocar al viejo que les había dado la posada, que ahora sabe que se llamaba Rafael Olavarría, y ellos trataron de evitarlo pero que Sánchez de manera imperativa obligó a la exponente a que le introdujera un pañuelo en la boca, pañuelo que tenía el señor Olavarría en el bolsillo de atrás del pantalón; que Olavarría estaba acostado boca arriba en su hamaca y que fue tal la presión que ejerció Sánchez introduciéndole el pañuelo en la garganta, que logró ensuciarse la mano de sangre, limpiándosela en la pared en donde está actualmente la mancha; que ya aturdido el señor Olavarría, Sánchez obligó a su hermano Marcos para que lo ayudara a arrastrarlo hacia afuera al patio y le dio a la exponente una navaja cacha blanca para que cortara uno de los hilos que colgaba la hamaca, y cogiendo el mismo Sánchez la tranca que estaba al lado derecho de la puerta de entrada la llevé al baño y allí colgaron al señor Olavarría; que este hecho lo ejecutaron Félix Antonio Sánchez y Marcos su hermano, por las insinuaciones que le hacía Félix Antonio Sánchez; que luégo Félix Antonio Sánchez le sacó la llave del pantalón que le quitó al señor Olavarría y abrió el baúl que se le ha puesto de presente y dice que es el mismo que tenía el señor Olavarría en su pieza, y sacó un dinero que había allí envolviéndolo en la chaqueta de paño negro, la cual se quitó Sánchez para ejecutar el escondido, y se la dio a tener a la declarante; que luégo de verificados todos estos hechos salieron por toda la línea, saliendo de último Sánchez, quien llevaba el baúl en el hombro y jaló la puerta, que marchando hacia arriba se desvió Sánchez hacia la coquera y los demás siguieron camino derecho; que al llegar al pasadizo de la calle de San Francisco se les juntó otra véz Sánchez y siguieron camino, quitándole a la deponente el lío que llevaba en la cabeza; que serían como las doce y cuarto cuando llegaron al puente del Manzanares y allí se encontraron con Juan Mijas, antiguo conocido de la exponente cuando era ella mujer de Francisco Mosquera; que habló amigablemente con Mijas y al darse cuenta Sánchez de que eran amigos se dirigió a Mijas, lo llamó aparte y le dio a guardar el dinero en cantidad de sesenta pesos en monedas y billetes, que tomaron agua y siguieron hacia la quinta Bolívar, en donde durmieron un rato hacia afuera de la quinta, que de allí tomaron la chiva a las cuatro de la mañana, la chiva de Pablito, y siguieron hasta Jamonacal y de allí hasta Cincinati, en donde los sorprendió la policía; que en la quebrada de Jamonacal, en un puente botó Félix Antonio Sánchez la cubierta en donde estaba el dinero".

Las declarantes Carmen Rosa Avila y Ana Ramona García, se retractaron más tarde, pero en el acto de la audiencia, la última de ellas insistió en los cargos formulados en su primitiva declaración.

Al sustentar ante la corte el presente recurso por las causales 3ª y 5ª de casación, se expresó así el señor defensor de los encausados.

"La sentencia condenatoria de fecha 29 de octubre del año próximo pasado del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial, es violatoria de la ley por haber habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, desde que la exposición médicolegal que obra en el expediente, ofrece la duda de si en realidad se esté en el

caso de un suicidio o de un homicidio y tal duda debió resolverse en favor de los reos, mas el fallo recurrido desatiende el análisis de la exposición de los peritos médicos que siempre ha sido elemento viable para determinar el cuerpo del delito, por atender mejor a la declaración de Ana Ramona García, de foj. 22, sindicada que apareció en el sumario también y, que por tanto, su declaración incriminando a los demás y salvándose ella, no tiene valor alguno, por el interés personal que la guió al declarar, como lo ha dispuesto el artículo 1680 del C. J. También citó el fallo la declaración de foj. 24, de Carmen Rosa Avila, pero tal declaración del sumario no debió ser tenida en cuenta tampoco, por haber perdido su fuerza por haber sido infirmada posteriormente y, la regla del artículo 263 de la ley 57 de 1887 es clara al respecto, y no sólo la infirmación deja sin fuerza y valor esta declaración, sino también el interés personal del artículo 1680 del C. J. ya mencionado.

La sentencia del H. Tribunal que me ocupa, se ha dictado sobre el veredicto del jurado que está viciado de injusticia notoria desde que, no habiendo en el expediente prueba contundente de la responsabilidad de los sindicados, como lo confirma el fallo, se dio respuesta afirmativa a las cuestiones sobre la responsabilidad imputada a los inculpados desatendiendo además el concepto médico-legal que arrojó la duda del cuerpo del delito, de manera que, sin plena prueba de la responsabilidad de los procesados se les condena a la pena máxima en lugar de absolvérseles, siendo tal procedimiento violatorio de la regla que ha establecido el artículo 1656 del C. J.

La injusticia notoria del jurado fue alegada en la segunda instancia y no aparece tan intangible la decisión del jurado como lo considera el fallo recurrido, al decir 'de que por no haber prueba en el expediente de que los procesados no sean responsables, se les deba condenar aunque no haya prueba contundente de la responsabilidad', porque es a la justicia a quien corresponde probar esa responsabilidad para romper la presunción de la inocencia del reo, como innovación, que el derecho supone".

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que debe mantenerse firme el fallo recurrido.

Para resolver se considera:

Causal 3ª—Error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

El recurrente la funda en que la duda sugerida en el dictamen médico-legal con respecto a que la muerte de Olavarría pudiera también explicarse por suicidio, ha debido resolverse en favor de los procesados.

A esto observa la Corte que el dictamen pericial no es la prueba única del delito en el presente caso. La sentencia recurrida tenía base suficiente en el dictamen médico-legal para concluír que Rafael Olavarría murió de muerte violenta, por ahorcamiento. El problema de si ese ahorcamiento obedeció a hecho propio de Olavarría o a la obra de terceros, penetra ya en la zona de la responsabilidad; y, de esta suerte, la prueba del cuerpo del delito no consiste en el solo dictamen pericial, sino que se complementa con los demás elementos de convicción que aparecen en el proceso.

En el delito de homicidio, es necesaria la comprobación técnica acerca de la causa que motivó la muerte de una persona, v. gr., la herida, el golpe, el veneno. Pero la imputación del hecho a determinado agente, o sea la relación de causalidad, no ya entre dos hechos, sino entre la acción del hombre y el acto ejecutado, es susceptible de demostración por medios probatorios distintos, y corresponde de suyo a la órbita de la apreciación judicial.

Tal ocurre en este proceso, en donde aparece una serie de indicios, debidamente analizados en la sentencia del Tribunal, que desvanecen la hipótesis del suicidio, e inclinan poderosamente el ánimo en el sentido de concluír que la muerte de Rafael Olavarría se debió a la obra criminosa de los procesados.

Y nada importa que la prueba del factor responsabilidad sea indiciaria, especialmente en los juicios por jurado. Aparte de que el indicio es uno de los medios de prueba reconocidos por la ley, en materia de responsabilidad el jurado define el punto con su veredicto, puesto que es soberano para valorar las pruebas de ella.

El recurso no puede, pues, prosperar por la causal 3ª, y debe pasarse a analizar la causal 5ª, ya que la equivocación en que el jurado hubiera podido incurrir al apreciar la prueba indiciaria de la responsabilidad de los reos, cae dentro del dominio de esta última causal.

Causal 5ª—Injusticia notoria del veredicto.

Dice el alegato de casación que el veredicto del jurado adolece de injusticia notoria "desde que no habiendo en el expediente prueba contundente de la responsabilidad de los sindicados", se dio respuesta afirmativa a los cuestionarios.

Observa la Corte que no sólo por medio de prueba directa puede demostrarse la responsabilidad, sino también por prueba indirecta, y que ésta última puede llegar a ser tan "contundente" como la directa.

Si con prueba indiciaria nada más de la responsabilidad, el juez de derecho puede llamar a juicio (art. 1627 del Código Judicial) y aun proferir sentencia condenatoria (artículos 1656, 1655, 1659, 1702, 1707 y 1708 ibídem), con tanto mayor razón podrá el jurado proferir veredicto afirmativo, siendo así que la ley no le pide cuenta de los medios por los cuales llega a adquirir el convencimiento.

En el proceso que se estudia todos los indicios convergen a demostrar la responsabilidad de los reos en el ahorcamiento de Olavarría; y la mera posibilidad de que un veredicto fundado en prueba indiciaria pueda ser equivocado, está lejos de identificarse con la notoriedad de una injusticia.

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 Marta, fechada el veintinueve (29) de octubre de mil novecientos treinta y cuatro (1934), en la cual se impuso a cada uno de los procesados Félix Antonio Sánchez, Marcos Avila y Carmen Rosa Avila, la pena de veinte (20) años de presidio por el delito de homicidio.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez.—Alberto Mala B., Srio. en ppdad.

DUDA ACERCA DE LA CAUSA QUE PRODUJERA LA MUERTE DE LA OFENDIDA

Dadas las circunstancias que rodearon la muerte de la ofendida y ante la falta de unidad de criterio en las varias exposiciones periciales, se planteaba al sentenciador de instancia una duda que venía a afectar la plenitud de la prueba del cuerpo del delito de homicidio y debía resolverse a favor del procesado en el sentido de juzgarlo por heridas. En estas condiciones prospera ante la Corte la causal 3ª de casación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre nueve de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

El Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de Manizales, por medio de auto fechado el 18 de diciembre de 1933, llamó a responder en juicio "con intervención del jurado a Adán Antonio Restrepo por los delitos de homicidio y 'personas que resisten o impiden la ejecución de las leyes, actos de justicia o providencias de las autoridades públicas, o provocan a desobedecerlas', de que tratan los Libros tercero y segundo, Títulos primero y tercero, Capítulos primero y quinto, respectivamente, del Código Penal, consistente el primero en haber dado muerte a Mercedes Gómez y el segundo en haberse resistido con arma en mano a la orden de detención que le dieron los agentes de policía" inmediatamente después de ejecutar el homicidio, hechos ocurridos el 20 de septiembre de 1933, en jurisdicción del municipio de Riosucio, Departamento de Caldas.

Adelantado el juicio, el mismo Juzgado, en sentencia de 20 de noviembre de 1934, condenó al encausado a sufrir la pena de veinte años seis meses de presidio y cuatro años seis meses de reclusión, y a las accesorias de rigor.

Para ello sirvieron de base al juzgador de derecho los siguientes cuestionarios sometidos al jurado, los cuales fueron absueltos de manera afirmativa:

"El acusado Adán Antonio Restrepo es responsable de haber dado muerte voluntaria y premeditamente a Mercedes Gómez, por medio de una herida que le causó con arma cortante y punzante, hecho que ejecutó en la cabecera del municipio de Riosucio, como a las ocho de la noche del día veinte de septiembre de mil novecientos treinta y tres?"

"El acusado Adán Antonio Restrepo cometió el hecho que se menciona en la cuestión principal con las siguientes circunstancias o alguna o parte de ellas: con alevosía o traición y sobreseguro, sorprendiendo desculdada, indefensa o desapercibida a la persona de la víctima?"

"El acusado Adán Antonio Restrepo es

responsable de haber resistido, a sabiendas, a la ejecución de un acto de justicia, haciendo tal resistencia con arma en mano, hecho que ejecutó en la cabecera del municipio de Ríosucio, como a las ocho de la noche del día veinte de septiembre de mil novecientos treinta y tres, cuando los agentes de policía José J. Ceballos, Luis E. Garzón y Carlos Montes le intimaron perentoriamente la entrega del arma con que había cometido el delito de homicidio y la obligación de entregárseles como sindicado de tal delito?"

Apelada la sentencia por el reo para ante el Tribunal Superior, esta entidad la confirmó por medio de la proferida el 23 de febrero de 1935, pero modificando la pena principal en el sentido de fijarla en veintiún años de presidio y cuatro años de reclusión.

Contra esta providencia interpusieron recurso de casación tanto el reo como su defensor. Concedido que les fue, y surtidos ante la Corte los trámites de regla, es el caso de resolver, y a ello se procede:

El señor Procurador General de la Nación conceptúa que debe mantenerse firme el fallo recurrido.

Como fundamento del recurso, el señor apoderado invoca principalmente las causales 3ª y 5ª de la ley 118 de 1931, aludiendo con motivo de ellas a las causales 1ª y 2ª; y para sustentar la causal 3ª, o sea la de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, se expresa de la manera siguiente:

"Como es sabido, Restrepo causó a Mercedes Gómez, de quien 'estaba locamente enamorado', una herida en el vientre, el 20 de septiembre de 1933, por la noche, en la ciudad de Ríosucio.

"La ofendida fue operada después de algún tiempo. La operación se practicó con tal impericia, que, a pesar de no ser la herida mortal, la ofendida murió algunas horas después, por causa de una hemorragia interna, cuyo origen no está bien determinado en el proceso, pues no se sabe a ciencia cierta si provino de la herida o de la operación. Según las actas de reconocimiento, la descripción de la herida y de los procedimientos empleados por los cirujanos para tratar ésta, en el ánimo queda la impresión de que la hemorragia mortal fue producida por la operación, y entonces, según el artículo 621 del Código Penal, al reo no debe hacérsele responsable de homicidio, sino de heridas.

"Al enjuiciar a Restrepo por homicidio, se ha incurrido, pues, en error en la apreciación del cuerpo del delito, y se ha violado de esta manera, entre otras disposiciones, el artículo 621 del Código Penal citado.

"Esta tesis es válida aunque no se tome como cierto que la hemorragia mortal haya sido causada por la operación, pues hay que admitir, por lo menos, dada la discrepancia de los médicos que rinden dictamen, acerca de la naturaleza de la herida, como también las probabilidades de supervivencia que asignan a la ofendida (fs. 52), que el punto es dudoso, y entonces tiene aplicación el aforismo de derecho in dubio pro reo, elevado a la categoría de norma legal, para nosotros, según el artículo 45, inc. 6, L. 153, de 1887.

"En el caso que se estudia, habiendo duda sobre si se trata de homicidio o de heridas, el juez del conocimiento ha debido decidirse por éstas, y al no hacerlo así ha violado el texto últimamente citado (inc. 6º, art. 45, L. 153 de 1887), y el fallo del Tribunal que acoge el del Juzgado sin enmendarlo, queda afectado por la causal de casación estudiada.

"Este punto ha sido ampliamente debatido en el alegato que con fecha 20 de enero último presenté al Tribunal, para pedir la revocatoria del fallo de primer grado. Acompaño al presente, en copia, dicho memorial, el cual me permito remitir a los señores Magistrados, a fin de no repetir las razones expuestas en él, para la demostración completa de la causal alegada. El aparte pertinente lleva por título 'Caracteres de la herida', y está marcado con el número 4".

La Corte considera:

Propone el recurrente como uno de los aspectos de la causal 3ª, el de que la herida causada por Adán Antonio Restrepo a Mercedes Gómez no era necesariamente mortal. Sobre este particular debe tenerse en cuenta que el artículo 619 del Código Penal dice: "En los casos de que tratan los artículos anteriores es necesario, para que se imponga la pena que en ellos se señala, que la persona contra quien se cometa el delito muera por consecuencia y efecto natural de las heridas, golpes o violencias que se le hayan causado, dentro de los sesenta días siguientes al de la perpetración del delito o de la culpa".

Con razón, pues, la oficina médico-legal de Bogotá en su dictamen sobre el caso de autos, anota que "existen muchas heridas gravísimas que no son necesariamente mortales, porque excepcionalmente con una intervención quirúrgica puede salvarse un herido, pero sin embargo son por su misma naturaleza de carácter mortal, y producen con mucha frecuencia la muerte de los que la reciben".

No es aceptable, por tanto, este aspecto de la causal propuesta.

Sugiere también el recurrente que Mercedes Gómez no murió a consecuencia de las heridas que le infiriera el procesado, sino

de resultas de la intervención quirúrgica a que fue sometida.

Los elementos de proceso no le permitirían a la Corte llegar a la certeza de semejante conclusión; ya que la oficina médico-legal de Bogotá encontró satisfactoria la labor de los señores facultativos de Riosucio, que en fuerza de la escasez de personal médico en ese lugar, se vieron en la necesidad de atender a la herida, reconocerla, operarla y hasta practicarle la autopsia.

Pero es lo cierto que según el dictamen de los señores médico-legistas de Bogotá, "en el presente caso, aun cuando desde un principio se hubiera suturado la perforación intestinal, siempre la agredida habría muerto, puesto que la causa inmediata de su fallecimiento no fue una peritonitis, que no tuvo tiempo de evolucionar, sino la hemorragia consecutiva a la ruptura de la vena ilíaca derecha" (f. 111, cuaderno principal).

Mercedes Gómez fue herida por Adán Antonio Restrepo el 20 de septiembre a las ocho de la noche; la operaron el 21 a eso de las doce del día, es decir, dieciséis horas después. Al tiempo de operarla, según dicen los cirujanos que intervinieron, "se vino un torrente verdaderamente pavoroso de sangre que produjo en la ofendida un síncope; cogida la vena que sangraba se contuvo la hemorragia, pero la enferma quedó profundamente anémica; la vena que sangraba es de gran calibre y nos hace sospechar que sea la vena caba; hacemos una sutura en surcete a través de las capas de la pared externa sin atravesarla, y ligamos". (Fs. 10 del mismo cuaderno).

El último reconocimiento médico se le practicó a Mercedes Gómez el 22 de septiembre, y la autopsia de su cadáver se llevó a cabo el 23; luégo la Gómez vivió más de un día a partir de la operación, hecho explicable, a pesar de la abundante hemorragia, porque los cirujanos ligaron la vena que sangraba.

Pero la Corte no ha podido entender cómo si la ruptura de la vena se produjo por la puñalada de Restrepo, Mercedes Gómez pudo vivir dieciséis horas con la vena sin ligar. Esto y la falta de perfecta unidad de criterio en las varias exposiciones periciales, planteaba al sentenciador de instancia una duda que venía a afectar la plenitud de la prueba del cuerpo del delito de homicidio, duda que tenía que resolverse en favor del procesado.

El fallo del Tribunal versa sobre el delito de homicidio, cuando, de conformidad con lo expuesto, el sentenciador confrontaba un caso de heridas en la persona de Mercedes Gómez, rodeado por cierto de muy graves circunstancias; y al no resolver el Tribunal la duda en tal sentido, erró en cuanto a la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, resultando así fundada, por este aspecto, la causal 3ª de casación.

Según el inciso 3º del artículo 4º, ley 118 de 1931, cuando se trata de la causal 3ª y la Corte la halla justificada, no por inexistencia del delito, sino porque al hecho perpetrado corresponde una denominación genérica distinta de la que se le ha dado en el proceso, los autos deben enviarse a la autoridad competente para que ella conozca del delito que a juicio de la Corte se haya cometido.

Y puesto que en casos como éste el error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito se traduce en error acerca de la denominación genérica del mismo, motivo de nulidad, al invalidar la sentencia recurrida, forzoso es declarar tal nulidad, a fin de que se abra de nuevo el juicio, dándole al delito la denominación que realmente le corresponde.

Es claro que al reponerse el proceso y calificarse de nuevo el mérito del informativo, el juez deberá resolver no sólo en relación con el delito de heridas, sino sobre el cargo de resistencia delictuosa a la acción de las autoridades que también se imputa al procesado, así como, llegada la oportunidad, habrá de apreciarse en las instancias su calidad de reincidente.

La conclusión a que ha llegado la Corte respecto de la causal 3ª de casación, hace innecesario el análisis de las demás que fueron invocadas.

A mérito de 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, invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, fechada el veintitrés (23) de febrero de mil novecientos treinta y cinco (1935), en donde se impuso a Adán Antonio Restrepo la pena de veintiún años de presidio y cuatro de reclusión; y en su lugar declara nulo todo lo actuado a partir del auto de enjuiciamiento, inclusive, y ordena devolver el proceso al Tribunal sentenciador, para que de allí se envíe al juez a quien corresponda el conocimiento.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Mafo B., Srio. en ppd.

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO.—CASACION DE UNA SENTENCIA POR ASESINATO, QUE IMPUSO VEINTE AÑOS DE PRESIDIO.—SE INVALIDA LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE SAN GIL EN LA CAUSA CONTRA ARTURO NOVA POR ASESINATO

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, quince de octubre de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo)

Arturo Nova, condenado a veinte años de presidio por sentencia del Tribunal Superior de San Gil y como responsable del delito de asesinato, interpuso recurso de casación invocando la causal 5ª, que explicó y sostuvo en alegato presentado a la Corte.

La Procuraduría General de la Nación se limita a opinar que se trata de un caso de recurso desierto.

Pero siendo así que el recurrente esbozó con bastante claridad los fundamentos de la causal que invoca, no podría la Corte dejar de entrar a fondo en el estudio del asunto.

La causal 5ª es la de violación de la ley por haberse dictado la sentencia sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, motivo de casación para el cual exige la ley que aquella circunstancia se haya debatido previamente en las instancias.

En el presente asunto tal requisito se cumplió como aparece del alegato elevado al Tribunal para discutir el fallo de primera instancia (fs. 4 a 8 del cuaderno del Tribunal). Debe, por tanto, examinarse el cargo hecho contra la sentencia de estar fundada en un veredicto notoriamente injusto.

En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto; y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto.

Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado.

En el juicio finalizado por la sentencia que es materia del presente recurso, las pruebas de cargo contra el sindicado las concretan el auto de proceder y la sentencia en la siguiente forma:

"A)—Sus palabras reveladoras de su participación en el crimen, dichas ante Paula Barrera y confesadas por el acusado;

"B—Sus amenazas de muerte proferidas contra Juan de Jesús Rueda, por considerarlo amante de su esposa, según cargo que le hace su propia suegra, Martina Bernal;

"C—No haber logrado demostrar Nova dónde se hallaba en el momento del crimen, y cuando intentó demostrarlo incurrió en serias contradicciones;

"D—Las repetidas y graves contradicciones en que incurrió Nova y que se dejaron anotadas atrás;

"E—El hecho muy significativo de haber llegado Nova a la casa de Ascensión Calderón momentos después del crimen, transitando por entre el monte, habiendo vía o camino para hacerlo, lo que sugiere naturalmente que Nova no quería ser visto en esos precisos momentos, por aquellos contornos;

"F—La preocupación que mostraba Nova por la expectativa de ser aprehendido por la policía, su inquietud por saber si ya había sido enviada la comisión para ese efecto, indagando en la comarca sobre el particular, desde que el delito se consumó;

"G—La recomendación que le hiciera a Rosa María Codiel de guardar reserva sobre la vía que tomara al pasar el puente de 'Sardinas' ".

Para justificar el valor probatorio que los jueces atribuyeron a estos elementos de convicción, es preciso tener en cuenta que el Código de Procedimiento Penal define el indicio como

"un hecho que indica la existencia de otro hecho, o que alguna persona determinada lo ha ejecutado o ayudado a ejecutar".

Además dispone la ley que para que los indicios

"formen plena prueba se requiere que sean diferentes, que estén enlazados entre sí, pero que no dependa uno de otro y que concurran todos a demostrar el hecho principal".

Y según el artículo 1709, C. J.,

"los hechos acce-

sorios que suministran los indicios o argumentos para el hecho principal, deben estar plenamente probados, es decir, que un indicio no se puede dar por probado con otro indicio".

En el caso de autos, los siete hechos que la sentencia enumera como indicios, se reducen en realidad a dos: El móvil o interés del sindicado Nova para matar a Juan de Jesús Rueda, y las palabras del mismo Nova, de quien se dice que antes e inmediatamente después de la muerte de Rueda profirió frases un tanto comprometedoras para él, mostrando también zozobra a raíz del suceso.

Ciertos episodios, como no haber podido el sindicado demostrar una coartada y sus contradicciones al declarar, no alcanzan a la categoría de indicios según las definiciones y reglas de la ley, entre otros motivos, porque son elementos colaterales que no concurren a demostrar el hecho principal.

Examinando los hechos accesorios que suministran los indicios o argumentos para el hecho principal, es decir, no los indicios mismos sino la prueba de ellos conforme al artículo 1709 del Código Judicial, se ve que están basados apenas en la declaración de una sola persona. Por ejemplo, lo referente a las amenazas de muerte contra Juan de Jesús Rueda, es un cargo que únicamente le hace a Nova su propia suegra la testigo Martina Bernal; de donde resulta que el indicio consistente en haber proferido Nova esas palabras no está satisfactoriamente acreditado.

Análoga consideración cabe hacer respecto del hecho de llegar Nova a la casa de Ascensión Calderón por entre el monte y no por el camino.

Conviene anotar un error grave de los jueces de derecho al consignar como indicio contra Nova "la recomendación que le hiciera a Rosa María Cediel de guardar reserva sobre la vía que tomara al pasar el puente de Sardinas". La testigo manifiesta al folio 43 vuelto:

".....el que dijo que no fuera yo a decir que él había estado por ahí y que había pasado el puente, fue Rujeles, quien contó que habían matado por ahí arriba a Rueda, y Nova lo que sí dijo espontáneamente, fue que él, Nova, nada debía en ese asunto, y nada más conversé yo con ellos en ese momento, pues se despidieron y siguieron para el lado de Cabrera".

Cabe observar que lo que más palpablemente revela la necesidad de repetir este juicio, es lo tocante a la condena por premeditación y modalidades de asesinato, a saber:

"previa asechanza, alevosía o a traición y sobreseguro, sorprendiendo descuidada, indefensa o desapercibida a la víctima en el lugar del crimen".

Nadie presenció la muerte de Rueda, y por haber sido ésta casi súbita, la víctima no alcanzó a suministrar dato alguno al respecto. ¿De dónde, pues, la certidumbre acerca de las circunstancias que rodearan el hecho?

La Corte hace un somero análisis de la prueba indiciaria de este proceso como premisa indispensable para admitir el fundamento de la causal 5ª, sin que ello implique decisión sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, decisión que corresponde siempre a los jueces de conciencia, por ministerio de la ley; y la declaratoria de injusticia del veredicto no es sino el otorgamiento de una nueva oportunidad para la defensa, según se dijo arriba.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, apartándose del parecer del señor Procurador General de la Nación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el diez y seis de agosto de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Arturo Nova la pena de veinte años de presidio por el delito de homicidio; y en su lugar ordena que se convoque un nuevo jurado al cual debe someterse la causa, sin conceder la Corte el beneficio de excarcelación, por no hallarse ahora el procesado en el caso del inciso 4º, artículo 4º de la Ley 118 de 1931.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez, Alberto Mateo Baños, Srio. en pdd.

LAS APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER DEBEN FALLARSE POR LOS TRIBUNALES EN SALA DE DECISION

La Ley 105 de 1931 no derogó expresamente el artículo 35 de la 104 de 1922; los artículos 82 y 84 de aquella ley son de mera organización judicial y no constituyen normas ni regulan trámites para lo criminal. Conforme al artículo 204 de la Ley de 1931, las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia. Si el sobreseimiento definitivo pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, resulta inaceptable que el auto de proceder, con el cual se cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental. En estas circunstancias, si el enjuiciamiento proferido por el Tribunal lleva únicamente la firma de uno de los magistrados, prospera la causal 2ª, o sea la de nulidad del proceso por incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación en lo Criminal.—Bogotá, octubre diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez)

Por auto de 22 de noviembre de 1932 (f. 101, cuaderno 6º), el Juzgado 2º Superior de Bogotá, abrió causa criminal contra Juan Andrada por el delito de hurto en cuantía de $ 30.903.12 perpetrado en bienes del señor José Gabriel Quintana; y sobreseyó temporalmente a favor de Salvador Luis Maresca.

En apelación que interpusieron el enjuiciado y su defensor, así como también para consultar el sobreseimiento, subió el negocio al Tribunal Superior de Bogotá.

A folios 118 y siguientes corre el auto de fecha 21 de marzo de 1933, suscrito por uno solo de los magistrados de ese Tribunal, auto que en su parte resolutiva reza:

"1º—Revócase el sobreseimiento temporal proferido a favor de Salvador Luis Maresca o Salvador Martínez o Aldo Silvi y en su lugar lo llama para que responda ante el jurado por el delito de hurto y en cuantía de treinta mil novecientos tres pesos con doce centavos moneda legal contra los intereses del señor José Gabriel Quintana, hecho ocurrido en esta ciudad el día diez y siete de junio de mil novecientos treinta, y de que se ocupa el Capítulo II, Título III, Libro III del Código Penal; y

"2º—Confírmase el fallo en lo demás, con la sola observación de que el sobreseimiento proferido a favor de Enrique López Medina o Juan Lastreto es solamente con carácter temporal".

Adelantóse el juicio con intervención del jurado, culminando en la condenación de cada uno de los procesados Andrada y Maresca a la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión, por sentencia del Tribunal de Bogotá, fechada el 27 de marzo de 1935, que confirmó la del Juzgado 2º Superior del mismo Distrito Judicial.

Los procesados interpusieron recurso de casación, así: Andrada invocando expresamente la causal 3ª y de modo implícito la 1ª; y Maresca, las causales 2ª, 3ª y 5ª.

Surtidos los trámites de regla, la Corte pasa a resolver:

El señor Procurador General de la Nación es adverso a las pretenciones de los recurrentes, y pide que se mantenga en pie el fallo del Tribunal.

En relación con la causal 3ª invocada por los dos recurrentes, el señor Procurador se expresa así:

"El reo Juan Andrada sustenta el recurso en un largo memorial en el cual alega como única causal la tercera del artículo 1º de la Ley 118 de 1931: 'ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto hubo error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.' Como el apoderado de Salvador Luis Maresca en la sustentación del recurso alega la misma causal, me referiré conjuntamente a los argumentos de ambos recurrentes.

"Todas las argumentaciones tienden a demostrar que no están probadas plenamente la preexistencia y falta consiguiente de las joyas hurtadas, para sugerir que tales joyas no existían, y revivir el error inicial en que incurrió el primer funcionario investigador al sindicar al señor José Gabriel Quintana de simulación de robo.

"No pudiendo el señor investigador explicarse cómo se efectuó la sustracción de las joyas, en pleno día, en calle tan concurrida y sin que sus autores dejaran el más leve rastro, enderezó toda la investigación en el sentido de un auto-robo, es decir, de una simulación. Como la hipótesis de la simulación tuvo tan honda trascendencia en el pú-

blico y sigue siendo explotada por los sindicados y sus apoderados, se hace necesario refutar y descartar semejante tesis.

"Desde un principio se nombraron dos expertos contabilistas, que después de minucioso examen en las cuentas del señor Quintana, rindieron el informe que corre a folios 36 y siguientes del segundo cuaderno, de donde se deduce plenamente que sí intervinieron manos extrañas en la sustracción de las joyas. Estos expertos constataron que a pesar del robo, el activo del señor Quintana excedía con mucho al pasivo. Por otra parte, y no obstante no haberse recuperado una sola joya, aquél ha atendido a todas sus obligaciones cumplidamente. La cuantía está pormenorizada en avalúos hechos por expertos. Sostener la simulación es un absurdo, si se tienen en cuenta las circunstancias financieras de la Casa robada. Tenían dinero más que suficiente para pagar sus deudas. En el expediente consta que respetables casas europeas acreedoras de Quintana al saber el robo no sólo no se apresuraron a cobrar su dinero, sino que ofrecen surtir el almacén con nuevos lotes de joyas. Tal es la honorabilidad de los dueños de la Joyería Quintana. Honorabilidad que públicamente reconocieron los señores defensores de los acusados en las audiencias, y que nadie se atrevería a negar. Con insistencia y pertinacia se averiguaron todos los negocios del señor Quintana, se estudiaron todos sus papeles, y sólo pudo encontrarse que el activo de sus bienes era muy superior al pasivo. Las pocas deudas existentes no eran razón para llevarlo a una solución delictuosa. Esas deudas se explicaban por razón de su negocio, y más tratándose de un almacén de artículos de lujo y de cosas suntuarias, y en una época en que la crisis económica llegaba a la cima, azotando todas las actividades comerciales, aun a los almacenes que negociaban con artículos de primera necesidad. La Casa Quintana presentó sus libros perfectamente llevados de acuerdo con la ley".

La Corte acoge los anteriores conceptos, y en fuerza de ellos concluye que el recurso no puede prosperar por la causal 3ª de casación.

En cuanto a la causal 2ª, el apoderado de Maresca la propone diciendo que el juicio está viciado de nulidad sustancial, consistente en que el auto que llamó en definitiva a juicio a Andrada y a Maresca, no lo profirió la Sala de Decisión del Tribunal, sino uno solo de los Magistrados.

Innegable es el fundamento de hecho de esta causal, pues al folio 130 del cuaderno 6º en donde aquel auto termina, se ve que únicamente está suscrito por el Magistrado doctor Fernando Segura y el secretario de la correspondiente Sala del Tribunal.

Como fundamento de derecho de la causal, alega el recurrente que según el artículo 35 de la Ley 104 de 1922, los autos de proceder o de sobreseimiento que deben ser revisados por el Tribunal, lo serán en Sala de Decisión.

La Corte, en sentencia de Casación de fecha 22 de septiembre del año en curso, refiriéndose a un proceso en que se presentaba irregularidad semejante a la que hoy se alega, dijo:

"Que el Tribunal debía conocer y fallar en Sala de Decisión sobre el recurso de alzada contra el enjuiciamiento, es punto definido por el artículo 35 de la Ley 104 de 1922; y la grave irregularidad de que uno solo de los señores magistrados que componían entonces el Tribunal de Santa Rosa hubiera resuelto por sí y ante sí la apelación, implica la ausencia de una de las formas propias del juicio, con menoscabo de la garantía que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional.

. . . . . .

"Así las cosas, y a pesar de lo muy deficiente del alegato de casación en lo que respecta a la causal 2ª, ella tiene que prosperar, para que los trámites se rehagan sobre bases de estricta legalidad procedimental; puesto que no hallándose en firme el auto de proceder que dictó el juez, y sobre el cual debe fallar en segunda instancia la Sala de Decisión del Tribunal, caso que el apelante persista en su recurso, el proceso carece de existencia jurídica a partir del momento en que quedó en estado de que el Tribunal decidiera del mérito del sumario con auto de fondo sobre la apelación interpuesta".

No se diga que el artículo 35 de la Ley 104 de 1922 dejó de regir al expedirse la Ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, en cuyos artículos 82 y 84 se determina que los Tribunales conocen en Sala de Decisión de las apelaciones contra las sentencias de los jueces Superiores y de Circuito, y que el Magistrado a quien se reparte un asunto se llama ponente, y a él toca proferir los autos interlocutorios y de sustanciación y presentar el proyecto de sentencia.

En primer lugar, la Ley de 1931 no provee sobre procedimiento penal, a lo que se agrega que los artículos 82 y 84 de ella son de mera organización judicial, y no constitu-

yen normas ni regulan trámites para lo criminal.

En segundo lugar, la Ley 105 de 1931 no derogó expresamente el artículo 36 de la 104 de 1922; y como esta ley versa sobre procedimiento penal, si alguna relación fuera necesario establecer entre los dos estatutos, se hallaría en el artículo 204 de la Ley de 1931, a cuyo tenor "las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia".

Desde el punto de vista procesal, el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el artículo 33 de la Ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental.

Ahora bien: Si práctica constante de los Tribunales ha sido la de resolver en Sala de Decisión acerca de las consultas de los sobreseimientos definitivos, con igual o mayor razón deben aquéllos fallar también en Sala plural las apelaciones de los autos de proceder.

Por lo demás, confrontando al acaso expedientes en curso ante la Corte, se observa que los Tribunales de Bucaramanga, Buga, Ibagué, Manizales, Medellín, Pasto, Popayán, San Gil y Tunja, revisan en Sala plural los autos de enjuiciamiento de que conocen por apelación.

Resta examinar si la irregularidad de que el auto de proceder no se haya revisado o proferido por el Tribunal en Sala de Decisión es motivo de nulidad que imponga la reposición del proceso, o sea, si debe prosperar la causal 2ª de casación invocada.

Para resolver el punto afirmativamente, basta considerar que no hallándose ejecutoriado el auto de proceder, carecía el Tribunal de facultad para pronunciar sentencia definitiva; y la carencia de esta facultad implica incompetencia de jurisdicción, que es la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 264, Ley 57 de 1887.

En otras palabras, falta en este juicio el auto de proceder, puesto que el dictado por el juez a quo contra Andrada fue apelado y la apelación no se resolvió en la forma legal arriba explicada; y respecto de Maresca, el asunto reviste todavía mayor notoriedad, porque a su favor sobreseyó el juez, y aun aceptando que en la materia rija únicamente la Ley 105 de 1931, la consulta del sobreseimiento tenía que ser resuelta por el Tribunal en Sala de Decisión, por claro mandato del numeral 2º, artículo 82 de aquella ley.

Al infirmar, pues, el fallo por la causal 2ª de casación como es pertinente para este negocio, lo hace la Corte en guarda de las formalidades propias del juicio (artículo 26 de la Constitución), siendo así que una de las sustanciales en el proceso penal es la existencia legal y jurídica del auto de proceder.

Y desde que por la naturaleza de la causal que prospera el juicio debe repetirse, es entendido que el fallo de la Corte, de mera doctrina procedimental, no envuelve apreciación alguna favorable a los sindicados, hasta el punto de que ni siquiera cabe entrar en análisis sobre la causal 5ª de casación, y por las mismas razones sería inoficioso estudiar la 1ª, causales éstas que igualmente fueron invocadas.

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación en lo Criminal, en desacuerdo 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 la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veintiséis de marzo de mil novecientos treinta y cinco, que impuso a Juan Andrada y a Salvador Maresca la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión, y en su lugar declara nulo lo actuado en el proceso desde el auto de veintiuno de marzo de mil novecientos treinta y tres (folio 118), inclusive, y ordena que el procedimiento se reponga de ahí en adelante.

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

José Antonio Montalvo, Salvador Iglesias, Pedro Alejo Rodríguez. Alberto Malo B., Srio. en ppd.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO

Establecida la jurisdicción administrativa para el pago de una suma de dinero que se solicitó por medio de un juicio de esa naturaleza, y no habiendo ejercitado el interesado sus derechos por medio del recurso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, es improcedente la acción seguida ante el Poder Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veinticuatro de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

JERONIMO MALDONADO demandó a la NACION ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para el pago de la suma de trescientos veintiún pesos m. c., ($ 321), mas los intereses legales computados desde el día 14 de octubre de 1932 hasta la verificación del pago.

Como fundamentos de hecho y de derecho de su intento, invocó el actor los siguientes:

Estaba al servicio de la Policía Nacional, como agente de segunda clase, cuando enfermó de lepra, y tuvo que ser recluído en el Lazareto de Agua de Dios, el 14 de octubre del año de 1932. Con posterioridad, el 21 de abril de 1933, obtuvo por Resolución del Ministerio de Gobierno el derecho a gozar del sueldo de $ 51-50, que devengaba como policía, desde la fecha arriba citada y nó desde el 14 de octubre de 1932 en que fue dado de alta en el leprosorio.

Como el artículo 1º de la ley 4ª de 1930 establece que los empleados de la Policía Nacional que comprueben ante el Ministerio de Gobierno haber contraído la enfermedad de lepra al servicio de esta institución, tendrán derecho al sueldo correspondiente a su empleo, mientras permanezcan en los lazaretos, el demandante, amparándose en este precepto legal pide que la Nación sea condenada a pagarle la suma a que asciende el valor de sus sueldos mensuales en el período comprendido entre el 14 de octubre de 1932 y el 21 de abril de 1933.

El Tribunal, en providencia de fecha 21 de junio del año próximo pasado, desató la litis en sentido desfavorable al demandante, por lo cual éste impetró recurso de alzada ante la Corte, donde se ha agotado la tramitación propia de la instancia y se ha llegado el momento de decidir, a lo cual se procede previas las consideraciones siguientes.

El Tribunal, para fallar, se basó en los conceptos que a continuación se reproducen:

"El actor trajo a los autos copia de la resolución Nº 7 de 1933, expedida por la sección 1ª del Ministerio de Gobierno en que se le reconoce un sueldo de cincuenta y un pesos con cincuenta centavos desde la fecha de dicha resolución; pero no exhibió comprobante alguno tendiente a establecer que el citado Maldonado hubiera sido nombrado agente de policía, ni que hubiera tomado posesión de su cargo, y tampoco acreditó en manera alguna que durante el ejercicio de ese empleo hubiera contraído la enfermedad que dá origen al derecho que invoca. Aunque estos combrobantes hubieran sido presentados en el Ministerio cuando se dictó la resolución citada, no por eso quedaba el demandante libre de la obligación de traerlos a este juicio, porque se trata de una nueva actuación en que es preciso que se demuestren plenamente los hechos básicos de la acción, y porque no es posible tener en cuenta pruebas que no obren en el proceso.

"Bastaría esta consideración para rechazar la petición del reclamante Maldonado; pero a eso debe agregarse que como esta pensión debería pagarse por la Caja de Auxilios y Recompensas de la Policía Nacional, y como ésta goza de personería jurídica, según consta en las resoluciones ejecutivas de 28 de diciembre de 1912 y 1º de junio de 1917, se impone que la acción se enderece contra tal entidad, debidamente representada, ya que de lo contrario se le impondría una obligación sin haber sido oída y vencida en juicio, lo que se opone a claros preceptos legales".

En igual sentido se pronunció el señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado legal.

Durante el término de pruebas de esta segunda instancia se produjeron las pertinentes para acreditar el tiempo que Maldonado sirvió en la Policía Nacional, el hecho

de haber contraído la enfermedad durante el ejercicio de su cargo, la fecha de su ingreso al leprosorio y la cuantía de su último sueldo.

Sin necesidad de entrar al examen de si en esta forma se llenó el vacío probatorio encontrado por el Tribunal, y de si fue correcta o no la demanda por haberse dirigido contra la Nación y no contra la Caja de Auxilios y Recompensas de la Policía Nacional, la Corte observa:

La Resolución del Ministerio de Gobierno de 21 de abril de 1933, que reconoció a Maldonado desde esa fecha el derecho a gozar del sueldo que devengaba en el servicio activo de la policía, fue una providencia que puso término a una actuación administrativa. En consecuencia, con arreglo a la ley 130 de 1913, artículo 18, parágrafo i, procedía contra ella el recurso contencioso administrativo para ante el Consejo de Estado. El interesado no ejercitó este recurso, o al menos no aparece que lo haya ejercitado, a pesar de que estimaba la resolución como lesiva de sus derechos civiles, y optó más bien por la jurisdicción ordinaria sin percatarse de la existencia de una jurisdicción privativa para esta clase de negocios. Establecida esa jurisdicción, es a ella a la que deben recurrir los interesados; y por tanto, es improcedente la acción seguida ante el Poder Judicial.

Es oportuno advertir que la práctica del Consejo de Estado se orienta hoy, en armonía con las modernas tendencias del derecho administrativo, a que sus fallos no se limiten estrictamente a declarar la nulidad del acto demandado, sino que han de contener declaraciones explícitas que hagan efectivo el derecho, a fin de que sea completo el restablecimiento del orden jurídico quebrantado con la providencia que se anula. Basta citar, entre otras, la sentencia de 3 de mayo de 1934, por la cual el Consejo declaró nula una resolución del Contralor General de la República, en cuanto negó al demandante el pago de quince días de sueldo de vacaciones de que estaba disfrutando cuando se declaró insubsistente su nombramiento, y en que se dijo, a continuación de la declaratoria de nulidad: "...y en consecuencia, declara que el demandante tiene derecho a que se le haga ese pago del Tesoro Nacional por conducto de la Contraloría, o del Pagador de ella, de conformidad con lo estatuído en el artículo 2º de la ley 72 de 1931, por no haberlo hecho oportunamente". (Véase el estudio sobre la Organización del Consejo de Estado en Colombia del doctor Pedro A. Gómez Naranjo, páginas 82 y 83).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído 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.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente al Tribunal de su procedencia.

Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Eleuterio Serna R. Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SOLICITUD DE COADYUVACION

Para la prosperidad de la acción reivindicatoria en el presente caso, se necesita que el actor acredite su personería. Sin esta consideración previa, aun cuando en realidad de verdad los bienes de cuya restitución se trate no pertenezcan al demandado, es imposible hacer ninguna declaración que altere un actual estado de cosas, ya que la ley civil impone que la acción reivindicatoria no puede ser intentada por cualquiera persona, sino por aquella que demuestre el dominio sobre el bien ajeno, objeto de la controversia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Sala Dual.—Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El doctor GONZALO V. LINDARTE, hablando en nombre del señor FRANCISCO J. ARANA, solicita que a éste se le tenga como coadyuvante en el juicio ordinario reivindicatorio que adelantan contra la NACION las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro.

No accedió a lo impetrado el señor magistrado sustanciador de este negocio, doctor Eleuterio Serna R., porque en su concepto el señor Arana "no ha demostrado, ni insinuado siquiera, el perjuicio o provecho que pueda resultarle del fallo que se dicte en el juicio".

Interpuesto en oportunidad recurso de súplica como subsidiario del de reposición que fue denegado, ha venido al conocimiento de la Sala Dual la referida providencia, que lleva fecha once de diciembre del año próximo pasado.

El apoderado del actor se expresa así ante la Sala:

"Las razones que presento ante vosotros para demostrar lo procedente del incidente y por las cuales debéis acceder a mis pretensiones, están ampliamente tratadas en mi escrito de fecha 3 de octubre del año postrero, presentado ante vosotros mismos con ocasión de incidente análogo promovido en este mismo juicio por la señora Georgina Arana de Páramo, el cual escrito aún no ha sufrido resolución y el que con los cambios de nombre que el caso requiere, doy aquí por reproducido y pido sea tenido en cuenta de una manera especial para sustentar y fundamentar el recurso de que vais a conocer".

A la Sala le bastaría para rechazar el pedimento de coadyuvación, aducir las mismas razones expuestas cuando se trató de la solicitud hecha por la señora Georgina Arana de Páramo, que fue un caso exactamente igual como lo pone de presente el doctor Lindarte cuando, para sustentar el actual recurso de súplica, dá por reproducido el alegato presentado por él en aquella otra oportunidad. Pero para no dejar la impresión de que la Sala rehuye el estudio de las cuestiones ante ella propuestas, considerará en ésto proveído el memorial sobre el cual recalca el memorialista, y que no pudo ser estimado en aquella otra vez a causa de su presentación extemporánea.

Establece el artículo 233 del Código Judicial: "Todo aquel a quien conforme a la ley puede aprovechar o perjudicar una sentencia, tiene derecho a intervenir en el juicio, coadyuvando o defendiendo la causa que le interesa".

La sentencia que ha de desatar este litigio, aprovechará o perjudicará al señor Francisco J. Arana? El señor magistrado sustanciador, doctor Serna R., manifiesta que en forma alguna ha demostrado el actor el interés jurídico indispensable para coadyuvar en el juicio. En cambio el apoderado sí cree en ese interés de su cliente. Del largo alegato que tiene por reproducido para el caso actual, son éstas las principales argumentaciones:

Carlos A. Castro no pide para sí sino para la sucesión, y su acción es simplemente reivindicatoria. La cuestión de la personería es independiente jurídicamente de la cuestión misma establecida. La personería es la capacidad legal para presentarse al juicio; la acción es el derecho mismo en ejercicio. El demandante promovió una acción de dominio y lo hizo como representante de una sucesión. El coadyuvante pretende serlo de la reivindicación y no de la personería o capacidad de Castro, porque no se coadyuva la capacidad para demandar sino la acción o el juicio, que son expresiones sinónimas. A mi cliente no le interesa esa personería del demandante, y si se quiere ir más lejos, le interesaría que no se le reconociera. Y no se anticipa la resolución definitiva al admitir la coadyuvancia, porque lo principal no es la personería sino la reivindicación. El interés de que habla el artículo 233 bajo la forma condicional "pueda", no debe exigirse de una manera estricta. Los documentos aportados se han de tener en principio como una prueba del interés del coadyuvante y solamente como tal; en todo lo demás serán precarios hasta que se les dé su valor definitivo en el fallo. Es diversa la estimación de la prueba de un interés en coadyuvar a la estimación de la prueba en definitiva como cuestión de fondo en el pleito. Mi cliente no ha pretendido ni pretende que por anticipado se resuelva sobre los puntos de la apelación. Lo que pretende es coadyuvar al demandante en su pretensión, porque esa pretensión, o sea la de que determinados bienes pertenecen a una sucesión, le interesa; y le interesa, porque en el fallo, no obstante estar apelado, ya se dijo que determinados hechos de estado civil, relacionados con sus ascendientes se encontraban demostrados, y de ésto no más surge su interés.

La Sala, para resolver, considera:

La cuestión substancial de este pleito es la reivindicación para una herencia de ciertos bienes. El demandante no pide para sí sino para la sucesión. Ahora bien: es clarísimo que para la prosperidad de la acción, y como aspecto preliminar y decisivo de ésta, sin el cual la reivindicación no podría operarse y no tendría virtualidad alguna, se necesita que el actor acredite su personería. Sin esta consideración previa, aun cuando en realidad de verdad los bienes de cuya restitución se trate no pertenezcan al demandado, es imposible hacer ninguna decla-

ración que altere un actual estado de cosas, ya que la ley civil impone que la acción reivindicatoria no puede ser intentada por cualquiera persona, sino por aquella que demuestre el dominio sobre el bien objeto de la controversia. Y aquí no se trata del ejercicio de la acción publiciana sino de la reivindicatoria propiamente dicha.

Para que la reivindicación de los bienes se realice, el demandante Carlos A. Castro V. debe ante todo establecer su vinculación de parentesco con Agustín de Castro, Ana María de Castro o Manuel de Castro, —ya que la declaración de dominio vendría a hacerse en favor de algunas de las sucesiones de éstos —, para que pueda ser tenido como la prolongación de esas personas al través del tiempo, como si ellas mismas estuviesen obrando en la actualidad por intermedio del cuerpo físico de él, hecho que, por su naturaleza no puede estimarse sino en la sentencia; así se hizo por el Tribunal y en sentido desfavorable al demandante.

Al impetrar hoy el señor Francisco J. Arana que se le tenga como coadyuvante en este juicio, ha creído demostrar el interés que la ley exige para ello, trayendo las pruebas de estado civil que juzgó pertinentes para establecer su descendencia de los mencionados Castros. Luégo forzosamente, al darle curso a la coadyuvación, el juzgador tiene que para apreciar ese posible interés, reconocer o nó el parentesco invocado, y de ahí deducir si el incidente de coadyuvación cabe legalmente. Pero al hacer tal cosa, se llegaría al absurdo procedimental de fallar en un simple incidente una cuestión esencial de la instancia.

Y no se puede pensar que con esta determinación reiterada de la Corte, se agravie el presunto derecho del solicitante. Bien sabido es que el demandante Castro pide para la sucesión ilíquida y no para sí. Por manera que si triunfa en su intento, el beneficio será para la herencia, en cuya partición puede hacerse oír el señor Arana. Y si es derrotado lo será por una de tres cosas: o porque los bienes no eran de los Castros, o porque la Nación haya adquirido el dominio a cualquier título, o porque no demuestre su parentesco con el causante. En los dos èventos primeros, la potencialidad coadyuvante de Arana habría sido superflua; en el tercero quedará vivo el derecho de éste, si lo tiene.

Bien es cierto que son distintas la personería o capacidad legal para presentarse en juicio y la acción misma incoada. Pero no lo es menos, como ya se ha visto, que hay entre las dos una vinculación tan estrecha y un encadenamiento tal, que se mutilaría el problema si se contemplasen dislocadas, padeciendo grave quebranto la armonía procesal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, —Sala Dual—, confirma la providencia suplicada.

Costas a cargo del recurrente.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO

El traspaso de la propiedad raíz no puede acreditarse con el informe de un empleado de la Junta de Catastro, sino por los medios que la ley establece.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo).

El señor Jesús A. Monsalve propuso excepciones en el juicio ejecutivo que le adelanta el señor Administrador Principal de Hacienda Nacional de Medellín por la suma de $ 271-24, los intereses y las costas, provenientes del impuesto sobre la renta en los años de 1930, 1931, 1932 y 1933. Las excepciones propuestas son las siguientes: 1ª Inexistencia de la obligación que se demanda; 2ª Nulidad de la misma obligación; 3ª Pleito pendiente; 4ª Nulidad de los juicios en referencia; 5ª Error de cuenta; y 6ª Todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaren extinguida si alguna vez existió.

Para resolver el incidente, se considera:

El excepcionante funda su acción en que

carece de bienes. Para comprobarlo presentó copia de las liquidaciones del impuesto sobre la renta en los años expresados y un certificado del Secretario del Catastro de Medellín, que dice que en el catastro no figura particularmente el señor Jesús A. Monsalve como propietario de bienes raíces. El certificado tiene fecha 12 de septiembre de 1935. Además dice el Director del ramo que el señor Monsalve vendió sus propiedades en mayo de 1932 al señor Balbín Monsalve.

El comprobante mencionado no sirve para acreditar que el excecionante carecía de bienes en los años de 1930 a 1933 a los cuales se refiere el impuesto materia de la ejecución, porque fue expedido en 1935 y no alude en forma alguna a esta circunstancia. Tampoco puede aceptarse el certificado del Director como prueba de que el señor Jesús A. Monsalve vendió sus bienes en 1932, porque el traspaso de la propiedad raíz no puede acreditarse con el informe de un empleado de la Junta de Catastro, sino por los medios que la ley establece.

Por estas razones se debe declarar no probadas las excepciones propuestas.

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 probadas las excepciones propuestas por el señor Jesús A. Monsalve en el juicio que por jurisdicción coactiva le adelanta la Administración de Hacienda Nacional de Medellín para hacerle efectivo el impuesto sobre la renta en los años de 1930 a 1933. Sin costas.

Dése cumplimiento al art. 351 del C. J.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

APELACION DE UNA SENTENCIA

El auto que concede la apelación de una sentencia definitiva proferida por un Tribunal debe dictarse por todos los Magistrados de la Sala y no por el sustanciador solamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, marzo treinta de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo).

Con fecha 12 de diciembre de 1932, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga absolvió al Departamento de Santander de los cargos de la demanda presentada por el señor Alfredo Ordúz D., sobre indemnización de perjuicios por haberlo privado del goce de una fábrica de alcohol impotable.

El actor apeló del fallo y el recurso le fue concedido en el efecto suspensivo.

En memorial telegráfico de fecha veintisés del corriente, dirigido a la Corte y presentado personalmente ante los señores Juez 1º del Circuito de Bucaramanga y su Secretario, el señor Ordúz desiste del recurso de apelación.

Para resolver se considera:

Al estudiar este negocio se observa que la apelación fue concedida en auto de 30 de enero de 1933, el cual fue firmado solamente por el Magistrado ponente y por el Secretario, y no por todos los Magistrados que integran la Sala, como ha debido hacerse, ya que se trata del proveído que otorga un recurso sobre un fallo dictado por todo el Tribunal y no únicamente por el magistrado sustanciador. Por tanto, no tiene jurisdicción la Corte para resolver el desistimiento y debe devolverse el juicio al Tribunal de orgien para que resuelva lo que sea procedente en relacin con la solicitud de que se ha hecho mención.

Esta ha sido la doctrina constante de la Corte y se funda en que la Sala respectiva es la única entidad que tiene competencia para decidir si es procedente conceder los recursos interpuestos cotra providencias que ella misma ha dictado.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la solicitud de desistimiento presentada en este juicio por el señor Alfredo Ordúz D., y ordena devolver el expediente al Tribunal de origen para que resuelva lo que sea legal.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

NOTIFICACION DE UN AUTO

No corresponde al Gobernador representar en juicio al Departamento sino al Fiscal del respectivo Tribunal. (Art. 176, C. J.)

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. Bogotá, mayo cinco de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo).

El señor Procurador General de la Nación descorrió el traslado de este negocio en los siguientes términos:

"Al estudiar este juicio para rendir el concepto que me corresponde, observo en primer término que el auto de 14 de octubre de 1935 que reforma el auto ejecutivo de fecha 14 de septiembre del mismo año, en el sentido de librar también el mandamiento de pago por los intereses legales sobre el monto de la ejecución, no fue notificado en la forma o términos especiales que ordena el artículo 999 del C. Judicial, y en segundo lugar que la notificación del primitivo auto ejecutivo, lo mismo que la del que lo reforma, han debido hacerse no al señor Gobernador del Departamento de Bolívar sino al señor Fiscal del Tribunal Superior de dicho Departamento, ya que éste funcionario es el único representante judicial de la entidad demandada, conforme a la regla tercera del art. 176 del C. J., y ya que la representación del Departamento por el Gobernador se contrae a lo puramente político y administrativo—ordinal 3º del art. 59 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910.

"Por consiguiente, y antes de conceptuar en el fondo, me permito llevar a vuestro conocimiento las irregularidades anotadas a fin de que os sirváis dictar las medidas legales que estimáreis convenientes, pues sin haberse surtido en forma legal esas notificaciones no habéis adquirido la jurisdicción, ni está en rigor apelada la providencia de que se trata".

La Sala estima jurídicas las observaciones del señor Procurador. En efecto, el auto de fecha catorce de septiembre de 1935, que reforma al auto ejecutivo, no fue notificado personalmente por el magistrado ponente y el Secretario, como ha debido hacerse, de conformidad con el numeral 1º del art. 999 del C. J.

El auto ejecutivo de fecha cuatro de septiembre del mismo año, fue notificado al señor Gobernador del Departamento de Bolívar, quien apeló de tal providencia y el recurso se le concedió en el efecto devolutivo. Conforme al art. 176, numeral 3º del C. J., corresponde a los Fiscales de los Tribunales Superiores "representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den". No es —por tanto— a los Gobernadores a quienes corresponde representar en juicio a los Departamentos.

Como el auto ejecutivo no ha sido legalmente notificado, la Corte no ha adquirido jurisdicción para conocer de la apelación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de la apelación interpuesta contra el auto ejecutivo dictado en este negocio y ordena devolver al Tribunal de origen el expediente para lo de su cargo.

Cópiese y notifíquese.

Pedro A. Gómez Naranjo.—Eleuterio Serna R.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

ACCION EXHIBITORIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En auto de veinticuatro de marzo último la Corte decidió la apelación en el incidente sobre exhibición de la contabilidad y archivo de The Dorada Railway Company Limited, en el juicio de cuentas que le sigue el Departamento del Tolima. Como la providencia de la Corte, que infirmó la del Tribunal, ha sido reclamada por el apoderado de la empresa referida, es el caso, surtida ya la tramitación del incidente respectivo, de entrar a resolver acerca de la reposición solicitada.

El Tribunal se abstuvo de ordenar la exhibición por considerar que ella entrañaría el examen de los libros de la compañía demandada en forma general, por no haberse determinado los documentos a que la exhibición debía referirse.

La Corte falló así: "Decrétase la exhibición de la contabilidad y archivo de la compañía denominada The Dorada Railway Company Limited, concretada a los libros y documentos referentes a la carga transportada en dicho ferrocarril en el tiempo comprendido entre el nueve de noviembre de mil novecientos tres y el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés".

El reclamante entiende que la Corte dijo en cuanto que una exhibición de documentos es procedente y debe decretarse por el solo hecho de que ella haya sido solicitada al propio tiempo con una inspección ocular sobre los mismos papeles que se pretende sean exhibidos; con lo cual se llegaría, en la misma forma que en sus razonamientos e hipótesis lo prevé el señor abogado, y como él lo expresa en sus memoriales de reposición, a un sistema que "pondría a todo el mundo a merced de quienes quisieran conocer sus secretos o ganarse la vida con sólo pedir inspecciones oculares y exhibiciones de archivos, ya en juicio o ya fuera de juicio".

No tienen semejante extensión los conceptos de la Corte en el auto que se revisa, ni se sienta allí la tesis de que cada vez que se pida una inspección ocular, y para que ella pueda practicarse, sea procedente la exhibición de todos los documentos o del archivo de una persona, como consecuencia necesaria de la inspección. Lo que allí se dijo fue que la inspección, en el estado del juicio, no se podía ya verificar si antes no se decretaba la exhibición. La Corte se refirió especialmente a la circunstancia de que, a su juicio, por la tramitación que se le había dado al negocio, se iba directamente a la negación de un posible derecho, el de la práctica de una inspección, sobre la cual no se había pronunciado aún el juez a quo, por negarse antes la exhibición correspondiente. Razón ésta de orden moral que milita en favor de quien pidió esa prueba, aunque no de orden estrictamente legal, ya que es obvio que por el hecho de decretarse una inspección ocular no puede quedar autorizada la exhibición o examen de toda clase de documentos, contra expresa prohibición legal.

Pero la Corte sí tuvo en cuenta como razón principal de su decisión, la de que el peticionario, al señalar los documentos que debían exhibirse, los concretó en forma que satisface las exigencias legales, o en otros términos, que por no referirse la exhibición a todos los libros o papeles de una empresa, aquella era procedente. Conviene reproducir aquí lo que allá se dijo en este particular:

"....porque de las consideraciones legales a que el mismo auto se refiere aparece claro que la acción exhibitoria no puede tener, en tesis general, la amplitud que comporta el referirla a toda la contabilidad y archivos de una empresa, sino que ha de hacerse mediante el señalamiento concreto de los documentos que deben ser materia de la exhibición de que se trate..." "No todos los papeles y archivos de la empresa habrán de examinarse, en el caso de la inspección, sino tan sólo aquellos que se relacionen con las cuestiones a que se refiere la parte pertinente del memorial de pruebas".

Y en la parte resolutiva del auto se dijo que la exhibición ha de concretarse "a los libros y documentos referentes a la carga transportada en dicho ferrocarril en el tiempo comprendido entre el nueve de noviembre de mil novecientos tres y el nueve de noviembre de mil novecientos veintitrés".

Refiriéndose a este punto de la determinación de los documentos que deben exhibirse, el señor abogado reclamante se expresa así: "Quién está llamado a decidir sobre cuáles de los papeles que guarde la

compañía son los concernientes a los hechos que se quieren probar con la exhibición? La compañía, que tiene aquellos papeles en su poder? Nó, porque si así fuera, la orden podría ser ilusoria. El juez, con audiencia de las partes y en presencia de los peritos que asistan a la inspección ocular, o sin contar con las unas ni con los otros?. Tampoco, pues para que tomara él la determinación del caso, para que manifestara cuáles de tales papeles estimaba concernientes a esos hechos, habría el mismo juez de examinar todos los papeles contenidos en el archivo, es decir, que habrían de exhibíraele todos estos papeles".

El auto de la Corte no autorizó el examen en la inspección ocular de toda la contabilidad y papeles de la compañía, sino de los en que conste el transporte de carga en un lapso que allí se señala.

Una exhibición de papeles tan concreta como sería la que fuese precedida en su solicitud con la indicación precisa del documento, su fecha y su firma, sería de muy remota ocurrencia.

Si para probar cuál es la carga que se ha transportado por un ferrocarril en un tiempo dado, verbigracia, un mes o un día, es preciso que el interesado en la prueba indique de antemano cuántas remesas se expidieron en cada estación, a favor de qué personas y los nombres de los empleados que las suscriben, los kilos de peso de cada bulto, etcétera, tal exigencia equivaldría a la de expresar de antemano cuántas toneladas o cargas se transportaron en la empresa, que es precisamente lo que se busca establecer por medio de la prueba.

En toda empresa de transportes bien organizada hay libros y otros papeles en que consta especialmente el movimiento de carga, y es a ellos a los que se limita la exhibición. Es cierto que en el auto materia del presente recurso no se señaló por sus fechas o números y por sus nombres, los papeles, cuentas y libros que han de ser exhibidos, pero ello no significa que la determinación no se haya hecho en forma concreta. Porque no en todos los documentos, ni en toda la contabilidad de una empresa de transporte ferroviario constan los datos sobre el transporte de carga, sino tan sólo en unos pocos y señalados libros y papeles de los que forman su archivo.

Que no es necesaria la individualización de todos los documentos que han de ser materia de una acción exhibitoria es cuestión que admite el señor abogado recurrente cuando así se expresa: "Porque la parte demandante, al promover la acción exhibitoria, debió indicar siquiera los nombres de las cuentas de los libros de contabilidad donde dice que se halla la prueba de sus afirmaciones y a lo menos decir qué clase de papeles son los del archivo que han de exhibirse para demostrarlas, aunque tuviera que valerse de términos genéricos para indicarlos, diciendo que se trataba de los documentos de remesas, o cosa parecida...."

Lo dicho demuestra cómo en el caso de que se trata se han llenado los requisitos que la ley procesal exige para la exhibición de documentos (art. 300, C. J.), ya que el interesado en la prueba ha expresado con claridad los hechos que se propone establecer, y ha demostrado que los documentos y archivos están en poder del demandado (declaraciones a fls. 7 v., 8 y 8 v. del cuaderno Nº 4); y además, la exhibición se conforma a lo previsto en disposiciones pertinentes de la ley sustantiva (arts. 55 y 56 del C. de Co.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, niega la reposición solicitada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R.—Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

NULIDAD DE UNA ACTUACION

Habiendo conocido el Juez de Circuito de Tumaco del incidente de excepciones en juicio ejecutivo por jurisdicción coactiva, lo actuado adolece de nulidad de conformidad con el artículo 36, numeral 5.o del C. J.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro A. Gómez Naranjo)

El señor Aristo M. Suárez, propuso excepciones en el juicio que le adelanta el señor Recaudador de Hacienda Nacional de Tumaco, por la cantidad de $ 310, valor del impuesto sobre la renta en los años de 1931 y 1932, los intereses y las costas.

En auto de fecha 27 de marzo de 1935, el Recaudador nombrado pasó el expediente respectivo a los Jueces de Circuito de Tumaco para el conocimiento del incidente de excepciones. El señor Juez 2º del referido Circuito avocó el conocimiento del negocio y con fecha 3 de junio de 1935, declaró probada parcialmente la excepción de error de cuenta. El excepcionante apeló de la sentencia para ante el Tribunal de Pasto y posteriormente desistió del recurso.

El Administrador de Hacienda Nacional de Pasto, a quien pasó el negocio para resolver una petición del ejecutado, anotó la nulidad de lo actuado y resolvió enviar los autos a la Corte para que decidiera el punto.

En esta corporación se tramitó legalmente el asunto. El señor Procurador General de la Nación, a quien se le corrió el traslado respectivo, pidió que se declare la nulidad de lo actuado, opinión que comparte la Sala, porque el conocimiento del incidente de excepciones en estos juicios corresponde a la Corte, Sala de Negocios Generales, conforme al artículo 36, numeral 5º, del C. J., y no a los Jueces de Circuito.

Conforme al art. 455 del C. J., le corresponde invalidar el juicio por motivos de nulidad, al Juez que conoce de él. Según esta regla, de la articulación de nulidad de que se ha hecho mérito, debería conocer el empleado que adelanta el juicio por jurisdicción coactiva. Pero como se trata de una causal de nulidad referente al incidente de excepciones y como el artículo 36, numeral 5º del C. J., dice que la Sala de Negocios Generales conoce privativamente de tal incidente en los juicios que se sigan por los Recaudadores de Rentas Nacionales, la Sala considera que tiene competencia para declarar la nulidad observada y para avocar el conocimiento del incidente mencionado. Hay además la circunstancia de que en este caso especial se trata de la actuación de un Juez de Circuito, respecto de la cual nada podría resolver el Recaudador.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara la nulidad de lo actuado en este juicio, desde el auto de fecha 27 de marzo de 1935, dictado por el señor Recaudador de Hacienda Nacional de Tumaco, inclusive.

Se condena en costas al Recaudador de Hacienda Nacional de Tumaco y al Juez 2º de aquel Circuito, por partes iguales.

Como no se ha suministrado el papel sellado necesario, antes de conocer de las excepciones, debe devolverse el juicio a la oficina de origen para que ponga lo resuelto en conocimiento de la parte interesada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la oficina de origen.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán. Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO

No habiendo sido notificado legalmente el ejecutado del mandamiento de pago, no puede decirse que entablara juicio ejecutivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo veintiséis de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ha venido en apelación a la Corte, interpuesta por ambas partes, el auto de fecha 12 de diciembre del año próximo pasado, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el ejecutivo que contra el Departamento de Bolívar adelanta el doctor Enrique Rodríguez Diago, en su propio nombre y como apoderado del señor José Ardila G.

Habiéndose surtido la tramitación procesal de rigor, se pasa ahora a decidir el recurso, previas las consideraciones pertinentes.

El doctor Enrique Rodríguez Diago y el señor José Ardila G. son acreedores del Departamento de Bolívar como poseedores de órdenes de pago y libranzas, giradas por el Secretario de Hacienda y el Tesorero General a cargo del Tesoro del mismo Departamento. El primero, obrando en su propio nombre y como apoderado del segundo, inició la acción ejecutiva para obtener el pago de sus respectivos créditos.

La providencia recurrida declaró probada parcialmente la excepción de ilegitimidad de la personería propuesta por el Fiscal del Tribunal Superior en su calidad de representante de la entidad ejecutada. En ella el sentenciador divide el estudio de los hechos aducidos como fundamentos de la excepción en dos grupos, que denominó primera y segunda cuestión.

La primera puede concretarse así: El doctor Rodríguez Diago, si bien es cierto que inicialmente pidió al Tribunal en la parte petitoria del libelo de demanda ejecutiva que librase mandamiento de pago a su favor por la cantidad total de $ 3,341.75 m. l., incluyendo en esta suma lo debido a él y lo debido a su poderdante Ardila, en tiempo hábil para enmendar la demanda la corrigió en el sentido de que la orden coactiva se dictase expresando separadamente los guarismos representativos de las cantidades debidas, lo que en efecto se realizó por el Tribunal. Por lo cual, concluye esta entidad, que por tal aspecto no puede declararse probada la excepción de ilegitimidad de la personería alegada por el representante del Departamento.

De este concepto participa la Corte, toda vez que la simple lectura del memorial visible a fl. 16 del cuaderno 1º, y de la orden de pago proferida por el Tribunal (f. 17 v., Cdno. 1º), acredita que la petición inicial fue corregida en debida forma, y en tal virtud el Tribunal expresó separadamente las cantidades que el Departamento debía pagar al doctor Rodríguez Diago y al señor Ardila.

Por lo demás, no fue improcedente el haber formulado en conjunto ambas acciones, desde luego que son de naturaleza análoga, es competente el Tribunal para conocer de ellas, pueden sustanciarse bajo una misma cuerda y no son contrarias e incompatibles entre sí.

La segunda cuestión contemplada por el Tribunal se refiere a lo siguiente: José Ardila había intentado acción ejecutiva contra el Departamento de Bolívar para el pago de la misma acrecencia que ahora reclama, y ya iniciada aquélla confirió poder a los doctores Rodríguez Diago y Miguel A. Diago P. para que lo representaran "en la demanda ejecutiva" adelantada. Como dicho procedimiento finalizara por cuanto la Corte Suprema, ante la cual se apeló el mandamiento ejecutivo, decidió que el Departamento no había sido requerido legalmente para ser constituído en mora, ya que tal diligencia se surtió con el Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, y no con el Gobernador, que es quien lleva la representación administrativa del Departamento, el doctor Rodríguez Diago hizo desglosar el poder y con él se presentó de nuevo para el cobro coactivo, requiriendo previamente ahora sí al señor Gobernador.

El Fiscal manifiesta que Rodríguez Diago carece de poder para representar en la nueva acción a Ardila, ya que éste lo había otorgado para que lo representara en la demanda ejecutiva que ante ese Tribunal había iniciado contra el Departamento de Bolívar, y nada más.

El Tribunal, en el proveído que se revisa, enfocó así el problema:

"Como el Código Judicial no señala los casos en que expira el mandato judicial, hay que ocurrir a lo dispuesto en el art.

2189 del Código Civil sobre mandato en general, que en su numeral 1º como causal para la terminación del mandato, señala el desempeño del negocio para el cual fue constituído. De manera, que una vez terminado el juicio, para el cual se ha constituido apoderado por una de las partes, puede decirse que ha expirado el poder por sustracción de materia.

"El señor Ardila, en el poder conferido a los doctores Enrique Rodríguez Diago y Miguel A. Diago P., acorde con lo dispuesto en el artículo 255 del Código Judicial, señaló, determinó, sin lugar a confundirse con otro, el juicio para el cual confería poder. Y como tal juicio terminó con el fallo de la Corte que revocó el mandamiento ejecutivo dictado contra el Departamento de Bolívar, dejando insubsistente toda la actuación, es claro que la personería de los doctores Rodríguez Diago y Miguel A. Diago P., terminó con la finalización del referido negocio.

"Y no se diga, como lo sostiene el doctor Rodríguez Diago, que en aquel negocio 'no llegó siquiera a iniciarse el juicio ejecutivo por no habérsele notificado el mandamiento de pago al ejecutado en la persona del Gobernador', pues por regla general hay juicio desde la contestación de la demanda, que es cuando propiamente puede decirse que hay controversia entre las partes, pero en las ejecuciones, por mandato expreso del artículo 981 del C. J., 'el juicio comienza desde que se notifica al deudor el mandamiento de pago hasta que éste se hace al acreedor o se ejecutoría la sentencia que manda cesar la ejecución'. El hecho de que tanto la parte actora como el Tribunal hubiera errado, al considerar a los Fiscales del Tribunal como representantes del Departamento, tanto para las diligencias previas de requerimiento de pago, etc., como para notificarle el mandamiento ejecutivo, no implica que no hubiera existido el juicio. Este nace una vez notificado el mandamiento de pago, bien sea en persona distinta a aquella con quien deba surtirse la notificación.

"En el poder de fecha 23 de abril de 1934, el señor José Ardila G. delegó en los doctores Enrique Rodríguez Diago y M. A. Diago su personería para que éstos prosiguieran, en representación de él, la demanda ejecutiva que había instaurado ante el Tribunal, contra el Departamento de Bolívar, representado por el señor Fiscal segundo de dicha corporación.

"Y en la demanda ejecutiva del 20 de marzo de este año (1935) que propone el doctor Rodríguez Diago, en su propio nombre y como apoderado del señor José Ardila G., se abroga la personería de éste, puesto que son dos juicios distintos. El primero terminó con el fallo de la H. Corte Suprema, que revocó el mandamiento de pago recaído a la demanda propuesta por el señor Ardila en su propio nombre, y otro muy distinto es éste que ha dado lugar a la excepción que es motivo de estudio, en el cual la parte actora habla en su triple carácter de acreedor cesionario del Departamento de Bolívar, de acreedor principal de la misma entidad y como apoderado judicial de José Ardila G.

"Son dos juicios completamente distintos. No se pueden confundir, el uno no es la continuación del otro, ni se trata de la ejecución de sentencia alguna recaída en el primero".

Y en la parte resolutiva expresó: "Declárase probada parcialmente la excepción de ilegitimidad de la personería del demandante propuesta por el señor Fiscal primero de esta corporación; sígase adelante la ejecución librada a favor del doctor E. Rodríguez Diago, como acreedor principal y como acreedor cesionario de la entidad Departamento de Bolívar; declárese insubsistente, sin efecto legal alguno, la ejecución librada a favor del señor José Ardila G. por auto del 15 de mayo de 1935".

El señor Procurador General de la Nación, al descorrer el traslado legal, manifiesta después de reproducir buena parte del proveído en cuestión, que los argumentos transcritos están fundados, por lo cual pide la confirmación de la sentencia recurrida.

En cambio, el doctor Gabriel Rodríguez Diago, constituído por el apelante como su apoderado ante la Corte, pide la infirmación del fallo en su alegato de fecha 23 de abril del año en curso, aduciendo las siguientes principales razones: La conclusión del Tribunal se apoya en premisas falsas: que hubo juicio en la anterior cobranza judicial, y que ya terminó el negocio para el cual fue constituído el poder. No hubo juicio ejecutivo porque el mandamiento de pago no fue notificado en legal forma, y no ha fenecido el negocio por cuanto él consiste en la obtención del pago de una suma de dinero que el Departamento de Bolívar adeuda al señor Ardila, y precisamente tal finalidad se persigue actualmente.

La Corte, para resolver, considera:

Reza así el poder conferido por Ardila, sobre cuyo alcance gira la presente controversia:

"...Que por medio del presente confiero poder especial, amplio y bastante, cuanto en derecho fuere necesario, a los señores doctores Enrique Rodríguez Diago y Miguel A. Diago P., abogados inscritos, mayores y de este mismo vecindario, para que me representen en la demanda ejecutiva que ante ese Tribunal he instaurado contra el Departamento de Bolívar, representado por el señor Fiscal segundo de ese Tribunal.

"Faculto ampliamente a mis dichos apoderados, quienes ejercerán este poder en carácter de principal y sustituto, respectivamente, para que puedan introducir en el juicio cualquier clase de incidentes, sustituír este poder en persona de su confianza, interponer apelaciones, desistir, hacer arreglos amigables, transigir, hacer denuncia de bienes, créditos a favor de la entidad demandada, rentas de ella, y en fin, para hacer todo aquello que yo mismo hiciera en defensa de mis intereses, caso de continuar personalmente la acción intentada".

Como puede verse, el poder transcrito es susceptible de dos interpretaciones, y a ellas ha dado lugar: una estricta y rigurosa, y otra amplia y no ceñida a la literalidad del texto. En realidad de verdad ambas interpretaciones tienen su fundamento real, ya que el mandato puede descomponerse en dos cláusulas esenciales: una primera, relacionada más propiamente con su naturaleza, y una segunda con su extensión. En saber cuál de las dos es la determinante, estriba la solución adecuada.

El Tribunal ha creído que lo es la primera, ya que ella circunscribe, precisa, delimita la naturaleza del poder, le da su molidad específica, lo reviste de su contenido propio: es un poder especial de representación de una determinada persona para ante un dado Tribunal, en una demanda ejecutiva ya iniciada. Apreciado de esta suerte el mandato, la cláusula segunda viene a tener virtualidad pero solamente dentro de las bases trazadas en la primera, que es la determinante, y así el ejercicio de la capacidad dispensada a los apoderados de interponer toda clase de recursos, de sustituír el poder, en fin, de hacer todo lo que el mandante haría en defensa de sus intereses, está subordinada y viene sólo a ser operante sobre la base de una demanda ejecutiva realizada ya, y en vista del desarrollo que en el futuro tuviese tal demanda, bien o mal entablada, y nada más.

Pero, además de esta interpretación puede estimarse que el poder fue conferido para hacer un cobro ejecutivo, por lo cual implícitamente el mandatario está investido de la facultad de obrar en la forma necesaria para obtener el pago que se persigue.

La Corte acoge esta última tesis por estar ella más conforme con el criterio de amplitud que inspira sus decisiones, sin desconocer empero la importancia de las razones que informan la tesis sustentada por el Tribunal.

Esencialmente lo que da su contenido al mandato otorgado por Ardila, lo que constituye el móvil determinante del acto, lo que claramente expresa la manifestación de voluntad de aquél, es que el doctor Rodríguez Diago, como apoderado principal, lleve su representación para el cobro de una cantidad de dinero a él debida. La locución "y en fin, para hacer todo aquello que yo mismo hiciera en defensa de mis intereses (subraya la Sala), caso de continuar personalmente la acción intentada", pregona elocuentemente la intención de Ardila, y es la clave de la recta interpretación de la naturaleza y extensión del mandato.

Si como es lo natural, Ardila ignoraba, en el momento en que el poder fue constituído, el defecto fatal que consubstancialmente llevaba la demanda por él presentada, y que fue sancionado por la Corte con la revocación del auto compulsivo recaído a aquélla, se explica de tal manera que no se contemplara expresamente la posibilidad de una nueva demanda. Y si la iniciada por Ardila no tuvo la potencialidad de provocar el juicio correspondiente, por un error que ha sido reparado por Rodríguez Diago, no hay motivo ninguno para pensar que Ardila no hubiese hecho lo mismo caso de continuar personalmente la acción intentada, toda vez que la corrección hecha converge precisamente a obtener ahora sí la prestación de lo que se le debe.

Y en la anterior cobranza no hubo juicio—en afirmar que sí lo hubo anda descaminado el sentenciador—porque el Departamento no fue legalmente notificado del mandamiento de pago, y no es acertado sostener que la notificación se opera aún en persona distinta de aquella a quien debe hacerse, lo que por decir lo menos entrañaría el desconocimiento del sabio precepto constitucional que ampara los derechos humanos: "Nadie puede ser condenado sin haber sido antes oído y vencido en juicio".

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Co-

lombia y por autoridad de la ley, revoca parcialmente la sentencia recurrida, así:

1º Declárase no probada la excepción de ilegitimidad de la personería propuesta por el señor Fiscal primero del Tribunal Superior de Cartagena, como representante del Departamento de Bolívar, y

2º Sígase adelante también la ejecución librada a favor del señor José Ardila G. por auto de 15 de mayo de 1935.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase en oportunidad el expediente.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. — Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppdad.

PENSION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio doce de mil novecientos treinta y seis.

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

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de fecha 25 de noviembre del año pasado, decretó una pensión vitalicia de $ 80 mensuales a favor del doctor Augusto N. Samper y a cargo de la Nación, pagadera desde el seis de julio del año citado, fecha de la presentación de la demanda. El fallo fue enviado en consulta a la Corte y como está agotada la tramitación propia de la segunda instancia, se pasa a decidir en definitiva, previas las siguientes consideraciones:

El demandante fundó su acción en el hecho de haber desempeñado con pulcritud y corrección destinos públicos por un tiempo mayor de treinta años, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º y 5º de la Ley 29 de 1905. Acompañó al libelo algunos documentos y durante el término de prueba de la primera instancia solicitó la práctica de varias diligencias para llenar los requisitos exigidos por la ley mencionada.

La Sala encontró deficiente la documentación que sirvió de base al fallo de primera instancia y en auto para mejor proveer dictado con fecha veintiuno de febrero pasado, se ordenó completarla, lo cual hizo el interesado con la presentación de nuevas pruebas referentes al tiempo de servicios prestados en diversos ramos de la admnistración y al ejercicio de los cargos.

De autos aparece que el doctor Augusto N. Samper desempeñó destinos públicos durante más de treinta años, habiéndose distinguido en el ejercicio de ellos por su honradez y consagración. Fue por diez años Magistrado de la Corte Suprema de Justicia; durante dos períodos Secretario de la misma corporación; Registrador del Círculo de Barranquilla desde septiembre de 1920 hasta julio de 1925; Director General de Correos y Telégrafos de 1900 a 1902 y de 1909 a 1910; Administrador Tesorero de la Aduana de Barranquilla; Juez del Circuito de Barranquilla, etc. Sus servicios pasan de treinta años y para acreditarlos acompañó copia de los decretos de nombramiento y de las actas de posesión, lo mismo que certificaciones sobre el ejercicio de los cargos.

El doctor Samper es mayor de sesenta años, pues nació en el año de 1868, según se desprende de la partida de bautismo, copia de la cual figura al folio 2 del cuaderno principal.

Los testigos Domingo Romero, Ignacio González Torres, Apolinar Isaza, Clodomiro Forero Vargas y Emilio Ferrero, declaran que el doctor Augusto N. Samper ha observado y observa actualmente una magnífica conducta, siendo al propio tiempo un ejemplo como ciudadano y como miembro de familia; que es absolutamente pobre y que no tiene renta de ninguna clase ni medios de subsistencia.

El Jefe de la sección respectiva del Ministerio de Hacienda y Crédito Pública certifica que el demandante no es ni ha sido pensionado ni ha recibido recompensa de fondos del erario público.

Corrido el traslado legal al señor Procurador General de la Nación conceptuó favorablemente a la solicitud.

La Sala estima comprobados los requisitos exigidos por la Ley 29 de 1905 y demás que la adicionan y reforman para obtener la gracia demandada. Por tanto, debe confirmarse la sentencia consultada, en la cual se fijó correctamente la cuantía de la pensión, de conformidad con el artículo 9º del Decreto número 136 de 1932.

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, con la adición de que la pensión decretada queda sujeta a las condiciones de suspención y pérdida establecidas por las leyes.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

El derecho positivo colombiano no considera a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo como pertenecientes al Poder Judicial.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio siete de mil novecientos treinta y seis.

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

La señora Paulina O. de García Herreros, por medio de su apoderado, doctor José Vicente Parra, solicita una pensión como viuda del doctor Aníbal García Herreros, quien desempeñó el cargo de Magistrado de los Tribunales Judiciales de Bucaramanga y Pamplona y Administrativo de esta última ciudad. Apoya su demanda en el parágrafo del artículo 8º de la Ley 102 de 1927 en relación con la Ley 116 de 1928.

Para resolver la solicitud se considera lo siguiente:

El señor Procurador General de la Nación da un concepto adverso sobre la demanda de pensión, por las siguientes razones:

"De la documentación que aduce el demandante no resulta comprobado que el doctor Aníbal García Herreros hubiera servido el cargo de Magistrado de los Tribunales de Bucaramanga y Pamplona, durante un lapso mayor de veinte años como lo exige el artículo 6º en su parágrafo único.

"Apenas se demuestra la prestación de esos servicios en los siguientes períodos: de 1894 a 1899, como Magistrado del Tribunal de Bucaramanga. Luégo en 1903, según lo certifica el Secretario de dicha Corporación, concurrió en su calidad de tal a la instalación del mismo Tribunal, una vez terminada la guerra civil, pero no consta de modo alguno el tiempo que duró en sus funciones. En 1913 entró a desempeñar igual cargo en el Tribúnal Superior de Pamplona hasta el año de 1918 en que presentó renuncia. Y por último, en 1920 fue nuevamente nombrado para dicho Tribunal y en 1923 cesaron definitivamente sus labores como Magistrado de Tribunal.

"Como puede observarse, el doctor García Herreros duró al frente de los mencionados Despachos, por un transcurso de tiempo menor al de veinte años, indispensables conforme a la Ley antes citada, para conceder la pensión en referencia.

"Complementa su documentación el demandante con certificados y escritos que comprueban haber servido en varios años dicho doctor García Herreros el puesto de Magistrado del Tribunal Administrativo de Bucaramanga, pero esta calidad acreditada no fundamenta en nada sus pretenciones, por cuanto el parágrafo del artículo 6º comentado, expresamente se refiere a "las viudas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores", expresión que está relacionada con el parágrafo anterior en el cual solamente se habla de Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, haciendo caso omiso a los de los Tribunales Cotencioso Administrativos, y como el sentido del texto legal es claro, no es el caso de desatender su tenor literal con pretexto de investigar su espíritu (artículo 27 Código Civil)".

La Sala encuentra fundadas las observaciones del señor Procurador, por las razones que se expresan a continuación:

Para que las viudas de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia o de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial tengan derecho a pensión, es necesario que comprueben que aquéllos sirvieron por más de veinte (20) años en el Poder Judicial, conforme al artículo 6º de la Ley 102 de 1927. La prueba de esta circunstancia es la base principal de la gracia y ésta no puede conce-

derse si los servicios no aparecen acreditados plenamente. La Corte ha establecido en repetidos fallos que además de las copias de los decretos de nombramiento y actas de posesión, debe acompañarse a la documentación un certificado expedido por la autoridad competente sobre el ejercicio de los cargos respectivos, exigencia que tiene sobrada razón, porque el ejercicio de un cargo público es cuestión independiente del nombramiento y de la posesión.

Los servicios que un individuo presta como Magistrado de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo no pueden aceptarse para completar el tiempo legal en las pensiones del Poder Judicial, porque no hay disposición alguna que así lo autorice, como existe, por ejemplo, para el tiempo que el interesado haya servido como Fiscal de Juzgado Superior o de Tribunal de Distrito Judicial o como Procurador General de la Nación, que el artículo 5º de la Ley 16 de 1928 ordena computar de manera expresa. Además, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no forman parte del Poder Judicial y las disposiciones sobre pensiones se refieren claramente a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a los Jueces.

La Corte, en sentencia de fecha siete de diciembre de 1925, dijo lo siguiente:

"Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no están comprendidos en el ramo de la Administración Pública llamado por la Constitución Poder Judicial. Los asuntos sometidos a su estudio y decisión no versan sobre controversias judiciales propiamente dichas, sino que su acción va encaminada a estudiar y revisar ciertas providencias de algunos funcionarios administrativos. El hecho de que el artículo 164 de la Carta Fundamental (artículo 42 del Acto Legislativo número 3 de 1910), que autoriza al legislador para establecer la jurisdicción contencioso-administrativa, hubiera sido colocado en el Título XV de la Constitución, que trata de la administración de justicia, no le quita a esa jurisdicción su carácter especial, porque si el constituyente no hubiera querido crear una rama distinta de la judicial, le hubiera bastado conservar a ésta (o atribuírle) el conocimiento de los negocios para los cuales manda establecer lo contencioso administrativo" (J. de la C., número 3009, Tomo 3º).

Es verdad que eminentes tratadistas consideran que científicamente los Tribunales Administrativos deben formar parte del Poder Judicial, por cuanto sus fallos crean situaciones jurídicas de carácter permanente y tienen a su cargo el ejercicio de una rama de la administración de justicia, que es la administrativa. Fritz Fleiner en su obra Instituciones de Derecho Administrativo, dice así:

"De cualquier modo que estén organizados en cada caso, los Tribunales Administrativos ejercen funciones judiciales. Jurisdicción administrativa significa jurisdicción sobre la Administración; su misión consiste en una revisión judicial de los actos administrativos: determinar judicialmente lo que es de Derecho en los litigios que se le someten. Por eso los Tribunales administrativos están facultados para que, antes de aplicar el derecho al estado de cosas en cuestión, comprueben, en la medida que lo hacen los Tribunales ordinarios, si una ley o un reglamento obliga al Juez y hasta qué punto debe sometérsele. La justificación en Derecho Público de la jurisdicción administrativa estriba en la consideración de que el ciudadano debe tener la posibilidad de hacer revisar la legalidad de un acto administrativo que le perjudica, por una instancia judicial que sea inaccesible a influencias políticas, contrarias a la realización del derecho. Por lo tanto, la jurisdicción administrativa es tan necesaria en la democracia como en la monarquía; la mera existencia de Tribunales administrativos ejerce beneficiosos efectos, pues como todo funcionario administrativo sabe que sus disposiciones son susceptibles de ser sometidas a una revisión superior mediante examen judicial, se ve obligado a orientar toda su actividad en la observancia del derecho.

"La jurisdicción contencioso-administrativa constituye esencialmente una rama de la jurisdicción. Se coloca en el mismo rango que la jurisdicción civil y penal".

Pero el derecho positivo colombiano no considera a los Magistrados de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo como pertenecientes al Poder Judicial. Por el contrario, de manera expresa se excluye a tales funcionarios de la jerarquía llamada por la Constitución Poder Judicial. Así lo dice expresamente el artículo 1º del C. J.

Por tanto, como no aparece comprobado que el doctor García Herreros desempeñó cargos en el Poder Judicial por más de veinte años, se impone un fallo negativo en estas diligencias.

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, niega la pensión solicitada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

El conocimiento de asuntos referentes a pensiones militares corresponde al Consejo de Estado, de acuerdo con el artículo 7º de la Ley 11 de 1931. El artículo 322 del Código Judicial no tiene por qué aplicarse a negocios sobre pensiones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio diez de mil novecientos treinta y seis.

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

El conocimiento de este negocio, que fue iniciado por Tomás Roa para que se le decrete una pensión militar y que se encontró abandonado en la reorganización de la Secretaría, corresponde al Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 7º de la Ley 11 de 1931.

La disposición citada dice textualmente:

"El Consejo de Estado, como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, conocerá en lo sucesivo, privativamente y en una sola instancia, además de los negocios ya atribuídos a él, de las demandas sobre pensiones y recompensas militares conforme a la ley".

Por tanto, como la Sala de Negocios Generales de la Corte, carece de jurisdicción para conocer, se resuelve:

Pase este asunto al H. Consejo de Estado por corresponderle el conocimiento.

Déjese la debida constancia.

El artículo 322 del C. J., que ordena la notificación personal del primer auto cuando el asunto ha estado suspendido por más de seis meses, no tiene por qué aplicarse a este negocio, ya que las diligencias para obtener una pensión no son juicios civiles en los cuales haya controversia y "litigantes", como dice la disposición citada. Para que las disposiciones del C. J. se puedan aplicar a las actuaciones adminstrativas, se necesita, al tenor del artículo 104 de la Ley 130 de 1913, que sean compatibles con su naturaleza. Y es obvio que en una actuación en la cual no hay litigantes no se puede aplicar la disposición del C. J. que se ha dictado precisamente para los casos de controversias. Además, si se admite que la disposición aludida es aplicable en las actuaciones sobre reconocimiento de pensiones, podría serlo en los casos en que hay competencia para conocer y cuando la demanda va a seguir su curso en la oficina que dicta el auto; pero no en aquéllos en que se dicta una providencia con el solo fin de que la entidad competente avoque el conocimiento y dicte las medidas que crea legales.

Cópiese y notifíquese.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

NOTIFICACIONES

Las notificaciones que se hacen a los empleados públicos en su carácter de tales deben ser personales.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales, Bogotá, julio once de mil novecientos treinta y seis.

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

Se observa en este negocio que el auto de fecha quince de junio pasado, dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Tunja, por medio del cual se concedió la apelación interpuesta por el doctor Leonidas Cely G. contra la sentencia de fecha 13 de mayo, no fue notificado personalmente al señor Agente del Ministerio Público.

Conforme al artículo 312 del C. J., deben ser personales las notificaciones que se hacen a los empleados públicos en su carácter de tales.

Por tanto, como el auto que concedió el recurso está mal notificado, la Corte no ha adquirido jurisdicción para conocer.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de conocer de este negocio por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

PENSION

No es competente la Corte para decretar el aumento de pensiones militares.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio catorce de mil novecientos treinta y seis.

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

El señor Tulio Crespo, perteneciente al cuerpo de inválidos, solicitó en memorial de fecha 11 de abril de 1926, que la Corte decrete un aumento de su pensión. La solicitud fue encontrada en la Secretaría de la Sala de Negocios Generales sin actuación alguna y sin haberla sometido a repartimiento. Cumplida esta formalidad legal, con fecha seis del corriente, se pasa a resolver lo que sea conducente, previas las siguientes consideraciones:

El memorial fue presentado sin pruebas de ninguna clase, ni siquiera la copia de la sentencia que decretó la pensión.

Ninguna disposición de las que reglamentan la materia, le da hoy jurisdicción a la Corte para decretar el aumento de pensiones militares, ni se la daba en la época en que fue presentada la solicitud.

El aumento de un cuarenta por ciento de las pensiones de los miembros del Cuerpo de Inválidos, decretado por el parágrafo 2º de la Ley 75 de 1925, correspondía hacerlo efectivo a las entidades encargadas de la liquidación y pago de tales pensiones.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, se abstiene de resolver la petición del señor Tulio Crespo por carecer de jurisdicción.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo. Gustavo Gómez Hernández, Secretario.

LA HIPOTECA DE COSA AJENA NO VALE.—EL DERECHO DE HIPOTECA, COMO EL DE ENAJENAR, TIENEN RELACION INTIMA CON EL DOMINIO

Si el tradente no es el verdadero dueño, pero adquiere después el dominio, la tradición de éste queda revalidada. Pero semejante circunstancia no es suficiente para revalidar la hipoteca, porque el artículo 2413 del C. C. dice que "ella no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo".

Esta prohibición impide que se haga extensiva a la hipoteca la disposición del artículo 1871 del C. C. sobre venta de cosa ajena.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto tres de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R.)

En este incidente de excepciones, la cuestión de hecho es la siguiente:

Primero.—El señor Luis María Rodríguez, vecino de Pamplona, fue nombrado Administrador de Hacienda Nacional de ese circuito para el período que comenzó el 1º de enero de 1904, y para asegurar su manejo hipotecó por medio de la escritura número 135 de 19 de febrero de 1904, otorgada ante el Notario de Pamplona, "una casa situada en el plano de esta ciudad—dijo—, barrio de Santo Domingo, demarcada así: —"Por el Norte, con solar y casa que fue del señor Benito Hernández, hoy del señor Luis E. González V.; por el Oriente y Sur, con solar de la casa que fue del señor Ezequiel Llanos, hoy de la sucesión del señor Angel Conde, la toma del Molino, y el río Pamplonita; y por el Poniente, calle de por medio, con casa del señor Aniano Cote".

Segundo.—Se dijo en esa escritura: "Esta finca que es propia del otorgante y por sus linderos descritos la constituye el otorgante Rodríguez para responder del cumplimiento de las obligaciones enunciadas, en su manejo como Administrador de Hacienda Nacional de este circuito y de la suma de dos mil pesos oro, más los alcances que al fenecer el Gobierno Nacional sus cuentas, pueda deducírsele....."

Tercero.—Por auto de 30 de abril de 1927, la Contraloría feneció las cuentas del responsable Rodríguez con alcance de tres mil tres pesos con veinte centavos ($ 3.003.20). De este auto apeló Rodríguez para ante el Consejo de Estado, y esta entidad, por providencia de 1 de junio de 1935, lo confirmó.

Cuarto.—El señor Registrador de Instrumentos Públicos de Pamplona certificó el 24 de septiembre de 1935, que la casa que hipotecó Luis María Rodríguez al Gobierno Nacional, para asegurar el manejo del empleo de Administrador de Hacienda Nacional, por la escritura número 135 de 19 de febrero de 1904, "pertenece en la actualidad, por haber sido dividida, una parte a la señora Victoria Rodríguez de Bustos, casada con el señor Alfredo Bustos Valenzuela, y otra a las señoritas Clementina, Ana Rosa, Elisa, Leonor y María Rodríguez".

Quinto.—Previa esta documentación, el Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales, por auto de 8 de enero de 1936, libró "orden de pago, por la vía ejecutiva, a favor del Tesoro Nacional y en contra de los señores Luis María Rodríguez, como fiador principal, y Victoria Rodríguez de Bustos, Clementina, Ana Rosa, Elisa, Leonor y María Rodríguez, en su carácter de actuales poseedores inscritos del inmueble hipotecado", por la suma de $ 3.003.20 y sus intereses al 12 % anual desde el 29 de julio de 1935, y las costas. De conformidad con los artículos 2452 y 2453 del Código Civil y 998 del Código Judicial, decretó el embargo, secuestro y avalúo del inmueble hipotecado.

Sexto.—El auto ejecutivo no le pudo ser notificado al responsable Luis María Rodríguez porque, según informes, había muerto en el año de 1930.

Séptimo.—Notificados los demás ejecutados, por medio de memorial de 15 de febrero de 1936, propusieron las siguientes excepciones:

1ª—Nulidad de la hipoteca constituída por la escritura número 135 de 19 de febrero de 1904;

2ª—Error de cuenta; y

3ª—Ineficacia de la inscripción de la escritura mencionada.

Octavo.—Remitido el negocio a la Corte por competencia, el incidente ha recibido la tramitación legal que le corresponde, y se procede a decidirlo.

Para entrar al estudio de la primera excepción, o sea la de nulidad de la hipoteca, de conformidad con las pruebas aducidas, conviene anotar la siguiente situación de hecho:

1º—Por la escritura número 477 de 25 de agosto de 1880, otorgada ante el Notario de

Pamplona, Luis María Rodríguez vendió a Rosaura Escalante el solar que él hipotecó en 1904 al Gobierno Nacional, y también la fábrica de una casa que en dicho solar se estaba construyendo y los materiales necesarios para ponerle fin a la obra. Esta escritura fue registrada el 30 de agosto de 1880.

2º—Consta del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos de Pamplona lo siguiente: a).—Que Rodríguez adquirió el solar que vendió a la Escalante, por compra que hizo a Benito Hernández por escritura de 1º de mayo de 1880, la cual fue registrada el 2 del mismo mes y año; b).—Que comparados los linderos del inmueble que compró la Escalante con los del que hipotecó Rodríguez al Gobierno Nacional, "aparece—dice el Registador—que se trata de una misma finca"; c).—Bajo el punto cuarto dijo el Registrador: "Cuarto.—Que examinados los libros de esta Oficina, a partir del año de 1880, no aparece que la finca que por medio de la escritura Nº 477 de fecha 25 de agosto de 1880, registrada bajo la partida Nº 108 del Libro 1º, tomo 3º, págs. 16n f. y v., con fecha 30 de agosto del mismo año, y por la cual adquirió la señora Rosaura Escalante del señor Luis María Rodríguez, la hubiera enajenado o gravado con hipoteca alguna, pues no consta en los libros de esta oficina dicha enajenación o gavamen hipotecario.

3º Por la escritura número 243 otorgada ante el Notario segundo de Pamplona el 6 de marzo de 1923, los señores Alfredo Bustos V., Victoria Rodríguez de Bustos, Clementina, Ana Rosa, Elisa, María y Leonor Rodríguez, vendieron a Luis María Rodríguez todos los derechos y acciones que les correspondieron en la sucesión de la señora Rosaura Escalante de Rodríguez, en su calidad de hijas y herederas legítimas.

4º Por la escritura número 512, otorgada ante el Notario 1º de Pamplona el 24 de septiembre de 1923, se protocolizó el juicio de sucesión de Rosaura Escalante, y en esta escritura consta que a Luis María Rodríguez se le adjudicó el inmueble que había adquirido en 1830 la Escalante. Ese inmueble es el mismo que Rodríguez hipotecó al Gobierno Nacional, en 1904.

5º—El señor Rodríguez vendió una parte del mencionado inmueble a Victoria Rodríguez de Bustos por la escritura número 391 otorgada el 4 de julio de 1930 ante el Notario primero de Pamplona, que fue registrada el 10 del mismo mes y año; y el resto del inmueble lo vendió Rodríguez a las señoritas Clementina, Ana Rosa, Elisa, Leonor y María Rodríguez, por medio de la escritura Nº 392, otorgada el mismo 4 de julio de 1930 ante el mismo Notario, y fue registrada el 11 del mismo mes dicho.

Los excepcionantes arguyen así:

Que la hipoteca es nula, de nulidad absoluta, porque fue constituída a non domine, pues Rodríguez no era dueño, ni lo fue por muchos años, de todo ni de parte de la casa que hipotecó en 1904; y que si la adquirió por la escritura de 1º de mayo de 1880, la vendió en ese mismo año, por la escritura Nº 477 de 21 de agosto de 1880 a Rosaura Escalante. Que la finca a que se refiere esta escritura es la misma que hipotecó Rodríguez, según lo observa el señor Registrador; que éste mismo certifica que desde agosto de 1880 hasta 1935, no aparece que la Escalante, dueña del inmueble mencionado, lo hubiera vendido o hipotecado, quedando vigente, por tanto, la escritura 477 de agosto de 1880; que no hay duda de que Rodríguez hipotecó una cosa que no era suya y de la cual no era tampoco propietario aparente; que la nulidad tiene su apoyo en el artículo 2443 del Código Civil, que dice que "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad o usufructo o sobre naves".

El señor Procurador General de la Nación alegó de conclusión así:

"Mucho se ha discutido acerca de la nulidad o validez de la hipoteca de cosa ajena. Corresponde en este caso tratar el punto nuevamente.

"No consagra el Código Civil texto expreso relativo a la materia; apenas existen dos disposiciones, en el título de la hipoteca, que al parecer se relaciona con ella; los artículos 2439 y el 2443 arriba citado. El primero no trata sino de la capacidad de hipotecar, sin referirse en nada al problema discutido.

"El artículo 2443 da margen, a primera vista, para sostener la tesis de la nulidad de la hipoteca sobre bienes ajenos, pero estudiando a fondo se llega a conclusión distinta.

"En efecto, al decir el artículo que "la hipoteca no podrá tener lugar sino sobre bienes raíces que se posean en propiedad...", parece que se tratara de una disposición prohibitiva, cuya contravención acarreara nulidad absoluta. Pero es preciso averiguar si en verdad se trata de una prohibición legal. Sostiene el doctor González Valencia que para saber si es prohibitivo o no un texto legal, basta invertir sus términos para ver si varía su sentido gramatical. Si éste se opera, es de tal naturaleza, y si lo contrario, ella no comprende prohibición alguna. Al aplicar esta fórmula al artículo 2443, hallamos que el legislador no prohibe la hipoteca de cosa aje-

na: sólo exige el requisito de que ella se posea en propiedad o usufructo.

"No existiendo prohibición, mal podemos concluir que su falta de cumplimiento acarree nulidad absoluta como lo sostienen los demandados en su alegato. Lo que sucede es que, mientras el verdadero dueño no haga valer sus derechos, la hipoteca subsiste, es válida, sin perjuicio de esos derechos.

"En la Ley 105 de 1890 encontramos una disposición que corrobora este aserto. Al hablar del tercero que puede pedir la nulidad de la escritura de hipoteca, interviniendo en el juicio ejecutivo en que se persiga la cosa hipotecada, contempla el caso de la validez de la hipoteca de cosa ajena, mientras el dueño no alegue sus legítimos derechos y sin perjuicio de la prescripción que favorezca al acreedor hipotecario.

"Sin embargo, podría alegarse la nulidad de la hipoteca de cosa ajena, por cuanto en consonancia con el artículo 1741, faltara el requisito de ser constituída "sobre bienes raíces que se posean en propiedad". Y siendo nula absolutamente, nada vale la ratificación posterior de las partes.

"Pero el artículo 2442 sienta el principio de la ratificación de la hipoteca de bienes ajenos, al disponer que cuando el comunero hipoteca una cuota no correspondida en la partición, esta hipoteca caducá, salvo que el comunero a quien entonces se adjudicó la cosa consienta en su validez, subsistiendo la hipoteca desde su inscripción. De donde se desprende que aquél hipotecó una cosa que no le pertenecía, y sin embargo, por la ratificación, el acto se convierte válido según el mencionado artículo 2442. Luego lógicamente se deduce que el legislador sí previó la hipoteca de cosa ajena.

"Por último, para reforzar la tesis anterior, diremos que como el legislador establece un parangón entre la hipoteca y la prenda, donde falten disposiciones relativas a la primera deben aplicarse las establecidas para la segunda. Y como el legislador no habla expresamente en cuanto a la hipoteca de cosa ajena, es necesario aplicar el texto de la prenda, donde se reconoce válida la constituída sobre bienes ajenos".

Para resolver, la Sala considera:

Los artículos 2439 y 2443 del Código Civil llevan a deducir lo siguiente: 1º—Que es indispensable que quien constituye la hipoteca sea dueño del inmueble que va a hipotecar: y 2º—Que pueda enajenarlo.

Estos requisitos son indispensables: el de la capacidad de hipotecar, porque la hipoteca es un acto de dominio, pues si no se cubre la deuda garantizada por ella, el inmueble hipotecado puede venderse para pagar al acreedor con su producto (Art. 2448 del C. C.); y el de la calidad de dueño, porque el contrato de hipoteca establecida sobre un bién ajeno tiene que ser nulo, pues contraviene a la disposición del artículo 2443, y esa contravención no puede tener otro efecto que el de la nulidad.

Se asevera esto, porque el gravamen hipotecario es precisamente una de las manifestaciones del derecho de propiedad y un efecto suyo, puesto que es creado voluntariamente por el dueño de la finca en favor de su acreedor; y si quien hipoteca no es dueño, su acto no puede ser una manifestación del derecho de propiedad, y, por tanto, es un acto inexistente o nulo. Y si quien ha hipotecado adquiere después el inmueble (como en el caso ocurrente, y que alega también el señor Procurador en favor de su tesis), no puede por ello validarse el contrato hipotecario nulo o inexistente, porque esta clase de contratos no puede ratificarse. De aquí que aunque el contrato de venta de cosa ajena vale (Art. 1871 del C. C.), éste no puede equipararse para sus efectos con el hipotecario de una cosa ajena, pues el primero está permitido por la ley y éste prohibido.

La equiparación de la hipoteca sobre un inmueble ajeno con la que verifica un comunero sobre el inmueble en común, no es aceptable, porque en este caso el comunero tiene un derecho sobre el inmueble: por eso, verificada la división de éste, "se entenderá haber poseído exclusivamente el comunero la parte que por la división le cupiere", y los derechos reales con que la haya gravado, subsistirán sobre dicha parte"; pero si en la división no le corresponde lo que había hipotecado, el gravamen no subsistirá sino en el caso de que aquéllos a quienes hubiera correspondido esa parte consientan en el gravamen. De modo que verificada la división de la cosa común, la hipoteca establecida por uno de los comuneros sólo afectará la parte que al comunero hipotecante se le adjudique, si esta cuota es hipotecable (Artículos 779 y 2442 del C. C.). Y si se les adjudica a otros, la parte que se hipotecó por quien no fue adjudicatario, puede valer la hipoteca si aquéllos consienten en ello, pero previa expresa ratificación.

Tampoco puede equipararse el contrato de prenda con el hipotecario, para aplicar a éste todos los efectos del primero, porque son substanciales las diferencias entre ellos. Siendo que el contrato prendario tiene por objeto una cosa mueble, la ley da valor a la prenda constituída sobre cosa ajena sin la voluntad de su dueño (Art. 2415 del C. C.): pero es que la cosa pignorada se entrega al acreedor, y el tercero dueño de lo que se dio

en prenda esté en capacidad de reclamar lo empeñado haciendo valer sus derechos de dueño, mientras que la cosa hipotecada permanece en manos del que hipoteca, y no podría obligarse al que es dueño de un inmueble a que constantemente averiguase en la oficina de Registro si se había constituído sobre ese inmueble hipoteca para hacer valer sus derechos.

Puede ser cierto, como lo asevera el señor Procurador, que "mientras el verdadero dueño no haga valer sus derechos, la hipoteca subsiste". Pero una vez que el dueño hace valer esos derechos, la hipoteca no puede subsistir, y eso es lo que ha ocurrido en el presente caso: los dueños de la cosa han reclamado para que la hipoteca se declare nula.

Si Rodríguez cuando hipotecó no era dueño de la casa, ni era comunero en ella, la hipoteca es nula. Y si posteriormente adquirió en propiedad esa casa, esta adquisición en propiedad no pudo validar la hipoteca, porque el acto nulo absolutamente no puede validarse ni ratificarse.

Estando comprobada la excepción perentoria de nulidad de la hipoteca, es excusado entrar al estudio de las demás excepciones propuestas, de conformidad con el artículo 344 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara probada la excepción perentoria de nulidad de la hipoteca constituída por el señor Luis María Rodríguez a favor de la Nación, por escritura número 135 de 19 de febrero de 1904, otorgada en la Notaría de Pamplona. En consecuencia, se ordena desembargar la casa de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SE DECLARAN INCONDUCENTES UNAS EXCEPCIONES

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto diez de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.)

La cuestión de hecho de este asunto es como sigue:

1º—El señor Carlos Betancourt Arango fue nombrado por decreto número 89 de 26 de enero de 1923, emanado del poder ejecutivo, contador del Batallón de Tren "Caicedo" Nº 3. Este nombramiento fue confirmado por el decreto número 169 de 8 de febrero de 1923, emanado del mismo poder ejecutivo, en virtud de haber llenado el nombrado Betancourt Arango los requisitos exigidos por el Código Fiscal.

2º—Para garantizar y responder del ejercicio de su cargo dio como su fiador solidario al doctor Tulio S. Romero, quien al efecto autorizó la escritura número 41 de 24 de febrero de 1923, otorgada ante el notario de Pitalito.

3º—Por haberlo autorizado el decreto número 677 de 30 de abril de 1923, se le entregó al contador Betancourt Arango la suma de $ 5.286-39, con destino a pagar los alcances habidos en el dicho Batallón en el año de 1922 y enero y febrero de 1923.

4º—De dicha suma efectuó el responsable Betancourt Arango pagos por la cantidad de $ 4.696-48, descompuesta así: Imputables al año de 1922, $ 2.432-53; y por los meses de enero y febrero de 1923, $ 2.263-95.

5º—El resto de lo que había recibido, o sea la suma de $ 589-91, se le dedujo en alcance, según fenecimiento número 138 de 28 de julio de 1927, emanado del Departamento de Contraloría. Este fenecimiento le fue notificado personalmente al responsable el 11 de agosto de 1927; y como no intentara ningún recurso, el auto o fenecimiento se declaró ejecutoriado por providencia de la misma Contraloría, número 198 de 27 de octubre de 1927.

6º—Con estos documentos, el Juzgado 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales libró orden de pago por la vía ejecutiva, por la suma deducida en el alcance, y que queda expresada, a favor de la nación y contra el responsable Betancourt Arango. Como éste careciera de bienes, se enderezó la ejecución contra su fiador, doctor Romero, quien, por medio de apoderado propuso algunas excepciones, motivo por el cual el negocio se halla en la Corte para conocer de éstas.

Como el incidente ha sido legalmente tramitado, y ya es tiempo de decidir, a ello se procede.

El memorial de excepciones está concebido así:

"...propongo las excepciones perentorias que resultan de los siguientes hechos:

"1º—El auto de fenecimiento dice literalmente corresponder a manejo de Betancourt en el año de 1922 y enero y febrero de 1923, a tiempo que la escritura de fianza fue otorgada en Pitalito el 24 de febrero de 1923, y la designación de Betancourt el 26 de enero de igual año, por decreto 609. El tenor literal del auto de fenecimiento está, por consiguiente, en contradicción con estos hechos, existe una relación de tiempo en oposición con una cantidad, y así es claro que el título ejecutivo no reúne la condición de expresar una cantidad líquida como lo exige el numeral 1º del artículo 1069 del C. J., y las disposiciones sustantivas. Hay lo que se llama y está aceptado por la jurisprudencia "error de cuenta de derecho", esto es, el alcance ha sido mal deducido.

"2º—La gestión de los juicios de cuentas responde a dotar para casos de alcance, a los jueces ejecutores de títulos perfectos para el cobro; si ellos no reúnen ese requisito, debe abrirse nuevamente el juicio y subsanar el procedimiento y formación de tales títulos.

"3º—Por el mismo tenor del alcance se ha retrotraído la fianza a una época anterior a su otorgamiento, contraviniendo los artículos 2361, 2366 y 2377 del C. C.

"4º—Los responsables al erario rinden sus cuentas mensualmente, y los fenecimientos y observaciones, glosas, etc., corresponden a iguales períodos.

"5º—En armonía con lo anterior los alcances deben corresponder en cantidades precisas a cada mes, y el auto que lo eleva, verificar tal determinación.

"6º—El artículo 16 de la Ley 42 de 1923 confiere a la Contraloría facultad para revisar, mediante avisos originados en el estudio de cuentas, y revivir éstos para deducir alcances adicionales a los responsables; luego lógicamente la inversa facultad: revisarlos para descargar glosas o para enmendar errores de procedimiento también existe.

"7º—Los juicios de cuentas no son declarativos de derechos, y en consecuencia sus providencias no producen ejecutoria judicial, pueden revisarse posteriormente.

"8º—El artículo 20 de la Ley 109 de 1923 autorizó al Consejo de Estado para fijar el procedimiento en las apelaciones de los juicios de cuentas surtidos conforme a la Ley 42 de 1923, y aquella entidad en el acuerdo número 1º de 1926, junio 23 (Tomo II de la Jurisprudencia, página 497), en el artículo 19 estableció, en armonía con la legislación preexistente y general, que los fiadores tienen derecho a intervenir en la misma forma que los responsables en los citados juicios.

"9º—En armonía con precepto estatal, desarrollado en las leyes de procedimiento, consignado en el acuerdo anterior, nadie puede ser obligado sin antes haber sido oído; y en consecuencia el fenecimiento de esta cuenta no reúne en contra de mi mandante la condición de firmeza y eficacia de título ejecutivo, pues él no ha sido notificado del fenecimiento.

"10º—Conforme a lo anterior el fiador es parte en el juicio de cuentas, y como tal y siempre que quiere obrarse contra él debe notificársele, en forma personal, de los autos interlocutorios, para que pueda actuar los recursos que le confiere el artículo 7º de la Ley 42 de 1923; mientras tal no se verifique el auto carece de eficacia contra él.

"11º—Los artículos 58 a 60 de la ley que se acaba de citar, fijan sanciones para los responsables y obligaciones para el Contralor, en relación a la demora en la rendición de cuentas, o sustracción de fondos; así como el artículo 35 ibídem determina el plazo mensual de rendición. De autos no aparecen cumplidos esos requisitos y sanciones en este negocio, y antes bien, el fenecimiento se hizo en julio de 1927. Mientras no se acrediten esos cumplimientos, no puede enderezarse ejecución contra el fiador. Precisamente por eso debe notificársele el referido auto de fenecimiento.

"12º—El artículo 80 de la misma ley fija al Contralor un término de noventa días para el estudio y fenecimiento de cuentas. Ya se ve que aquí ni con mucho se cumplió, y antes de deducir cargo a mi mandante debe dilucidarse, como fundamento del auto que lo hizo, si por descuido de la Contraloría se dio tiempo al responsable de evadir el cumplimiento, sin que obste la solidaridad de la fianza.

"13º—El artículo 22 del acuerdo del Consejo de Estado admite que ante él se repita el estudio del auto que falla la apelación cuando aparezcan nuevos comprobantes. Luego ante la Contraloría, como consecuencia del rechazo del título ejecutivo en razón a mi mandante, deben, previa notificación, estudiarse la nueva situación deducida en los puntos aquí concernientes a las obligaciones de aquella entidad".

De esta desordenada exposición de hechos, en que no se determia con claridad los que se refieran a una excepción u a otra, debe la Corte desentrañar si de ellos resulta al-

guna excepción que enerve la acción ejecutiva. Para proceder con método se estudiarán separadamente los grupos de hechos que se refieran a alguna excepción.

Primera.—La excepción que resultaría de los hechos 1º a 3º sería la de ineficacia del título ejecutivo, por no haberse el fiador comprometido por alcances anteriores a la constitución de la fianza.

Asevera el excepcionante que la fianza se ha retrotraído a una época anterior a su otorgamiento, lo que se deduce—según él—del "mismo tenor literal del alcance". Pero esto no es así. Basta considerar que al responsable Betancourt tuvo que serle entregada la cantidad de $ 5.283.39, de que ya se habló, en una fecha posterior al Decreto número 677 de 30 de abril de 1923, por el cual se autorizó la entrega; que la suma la recibió con el objeto de pagar las deudas provenientes de los alcances habidos en el Batallón de Tren "Caicedo" número 3 en el año de 1922 y en los meses de enero y febrero de 1923, y que para la inversión de esa suma fue para lo que se constituyó la fianza.

En efecto, el fiador expresó que constituía la fianza para responder del manejo de Betancourt en el desempeño del cargo "que va a ejercer", haciendo extensiva la obligación "al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones que dimanen" del cargo de Contador. Y entre esas obligaciones estaba la de pagar al Batallón los alcances anteriores hasta febrero de 1923, y la de rendir las cuentas. El hecho de que al Batallón se le debieran sumas por espacios de tiempo anteriores al nombramiento y a la constitución de la fianza, no quiere decir que ese nombramiento y esa fianza adquieran un carácter retroactivo, pues el nombramiento se hizo para que el contador atendiera al pago de las sumas ya debidas, y para el cumplimiento de esta obligación se constituyó la fianza. La excepción es, por lo tanto, ineficaz.

Segunda.—La excepción que resultaría de los hechos 4º y 5º, en que se expresa que las cuentas deben rendirse mes por mes, y que los fenecimientos y observaciones deben ser precisos y con referencia a cada mes, no es cuestión que corresponda estudiar ahora a la Corte. Del proceso no aparece demostrado que las glosas y observaciones no se hubieran verificado conforme a la ley, y no puede la Sala rastrear imaginativamente sobre el procedimiento que hubiera adoptado la Contraloría para deducir el alcance. Esta excepción, que tendería a demostrar que el título ejecutivo carece de eficacia, no está probada.

Tercera.—La excepción que surgiría de los hechos 8º a 11, en su parte final, sería también la de ineficacia del título ejecutivo por no haber sido el fiador parte en el auto de fenecimiento, y por no habérsele notificado éste personalmente.

Esta excepción es ineficaz. El Acuerdo número 1 de 23 de junio de 1926, emanado del Consejo de Estado, establece que los autos que contengan alcances deben ser notificados personalmente al directamente responsable cuando se le encuentre; y solamente para el caso de que no se le encuentre, dispone el artículo 19 de ese Acuerdo que "cuando por otras causas (las que allí se determinan) no se encuentre al responsable, la notificación se hará a su fiador o fiadores, si los tuviere". Y ya queda visto que al responsable Betancourt le fue notificado personalmente el auto en que se le deducía el alcance: luego éste conserva toda su fuerza contra el fiador.

Cuarta.—Que los juicios de cuentas no son declarativos de derechos, ni causan ejecutoria y que por tanto pueden ser revisados posteriormente cuando aparezcan nuevos comprobantes, para descargar glosas o para enmendar errores de procedimiento, como se indica en los hechos 7º, 13 y 6º, tampoco es cuestión que a la Corte atañe estudiar en este asunto, en primer lugar, porque ello es cuestión que corresponde estudiar a otra entidad ante la cual debió reclamarse en tiempo oportuno, y en segundo término, porque aunque la Corte pudiera conocer de ese aspecto, no hay prueba de que esos nuevos comprobantes existan. Si lo alegado diera lugar a alguna excepción, ello no está comprobado.

Quinta.—Que la Contraloría tiene obligaciones que cumplir en el fenecimiento de las cuentas, como se enuncia en los hechos 11 y 12, obligaciones que no cumplió, podría dar lugar a que ante otra autoridad se hubiese discutido sobre la nulidad del fenecimiento. Pero si la anomalía invocada diese lugar a una excepción ante la justicia ordinaria, ella no aparece comprobada.

En consecuencia de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que las excepciones que pudieran haber resultado de los hechos expuestos en el memorial respectivo, son inconducentes, ineficaces, o no se hallan comprobadas.

Condénase en costas al excepcionante.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO DE TERCERIAS ACUMULADAS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto 13 de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R.)

El Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales en marzo 25 de 1936 dictó sentencia de pregón y remate en el juicio ejecutivo que sigue la Nación a Gabriel Afanador, Donaldo del mismo apellido y Julio Ignacio Correal para el cobro de una suma de dinero proveniente de un alcance deducido por la Corte de Cuentas contra el primero de los ejecutados. En dicha providencia se dijo: "En firme la presente sentencia, se pasará el juicio con todos los antecedentes a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, para que si hubiere lugar a ello, se resuelva lo pertinente en relación con las tercerías presentadas en el curso de la ejecución, las cuales se encuentran pendientes". En cumplimiento de este proveído llegaron a la Sala las diligencias constitutivas de la ejecución.

Lo primero que debe hacerse antes de dar al negocio la tramitación que le corresponde es ver si es el Tribunal Superior de Cundinamarca o la Corte la entidad competente.

Pero, antes de resolver en el fondo el problema de competencia, es necesario relacionar algunos antecedentes.

Por sentencia de 8 de marzo de 1922, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca dictó sentencia de prelación en la forma siguiente: "En mérito de lo expuesto, el tribunal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, falla así las tercerías, materia del estudio anterior:

"Declárase que José F. Correal tiene mejor derecho que el ejecutante y el ejecutado al dominio de todos los envases, enseres y drogas que costituyen la botica embargada y de que da cuenta la diligencia de avalúo y depósito practicada en el ejecutivo (cuaderno principal).

"En consecuencia, se desembargarán estos bienes, y se entregarán al tercerista o a su representante.

"Con el producto de los demás bienes embargados se pagarán los créditos del ejecutante y tercerista coadyuvante, según el siguiente orden de prelación:

"1º—Las costas generales de ambos acreedores;

"2º—El crédito de José F. Correal que consta en la escritura pública número 112 con sus intereses y costas particulares, y

"3º—El crédito de la Nación base del juicio ejecutivo seguido contra Ignacio Correal y otros, y sus intereses y costas particulares.

"En consecuencia, siga adelante la ejecución y remátense los bienes que quedan sometidos a la traba".

En consulta subió el negocio a la Corte; y en esta superioridad, la Sala de Negocios Generales, considerando que se había pretermitido una formalidad indispensable para fallar (Art. 29 de la Ley 169 de 1896), consistente en que las tercerías no podían decidirse antes de haberse dictado sentencia de pregón y remate (Art. 24 de dicha Ley), en proveído de 26 de agosto de 1922, resolvió lo que sigue:

"Por tanto, de acuerdo con la opinión del señor Procurador de la Nación, la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, revoca la sentencia consultada, para que por el Juez se cumpla, en la oportunidad legal, la formalidad que se ha indicado, y cumplida podrá dictar sentencia el Tribunal a quo".

Según el fallo de la Corte, el Tribunal había proferido la sentencia antes de tiempo. Luego era lo indicado que una vez cumplida la formalidad cuya falta se anotó, el tribunal volviera a decidir las tercerías, cuya tramitación estaba ya agotada. Mas ocurre que encontrándose el negocio en tal estado, rige ya el nuevo Código Judicial (Ley 105 de 1931), en el cual se apoya el señor Juez de Ejecuciones Fiscales (Art. 36, numeral 5º), para remitirlo a la Corte, estimando que el tribunal ha dejado de tener jurisdicción para este caso.

Dos caminos se presentan si la atención se detiene en la parte final del artículo 40 de la Ley 153 de 1887:

O estando sustanciadas las tercerías, debe adoptarse la legislación anterior, y en tal hipótesis el competente es el tribunal; o decidir el asunto en esta Sala, aplicando la regla que enseña que, generalmente, las leyes adjetivas y procedimentales se aplican a los asuntos en el estado en que los encuentren.

Para adoptar cualquiera de las dos soluciones se podría argüir que el artículo 40 citado se refiere a la ritualidad y sustanciación de los juicios, pero nada dice sobre el remate del litigio. Con todo, ¿no es el remate del litigio la consumación lógica de una

actuación? Ello es evidente. Por tanto, la legislación aplicable, según el artículo 40, debe ser la que rija la actuación iniciada hasta su terminación, mas no entendiendo por actuación todo el juicio.

Todavía hay un argumento más decisivo, y es el que resulta de las voces del artículo 1228 del Código Judicial. Dice así: "...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".

Preciso es anotar que bajo el imperio del actual Código Judicial no existen las tercerías excluyentes, y que, por consiguiente, el numeral 5º del artículo 36 del mismo Código, hace referencia únicamente a las tercerías coadyuvantes.

Acumuladas la tercería excluyente y la coadyuvante para ser decididas en el mismo fallo como lo prescribía la legislación abrogada, ¿a quién corresponde el conocimiento de la excluyente?

Debiendo decidirse ésta por la legislación anterior, hay tanta razón para que dicha legislación la pudiera aplicar la Corte como el Tribunal. Precisamente para un caso semejante el artículo 1228 citado disipa la duda cuando dispone que las tercerías introducidas se rigen por la ley en vigor cuando ellas se promovieron.

En virtud de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales se abstiene de conocer de las tercerías acumuladas de que se ha venido tratando, y dispone que vuelva el negocio al Juzgado de origen para que por el orden regular sea remitido al Tribunal competente, a efecto de que éste cumpla lo ordenado por la Corte en la sentencia de 26 de agosto de 1922.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Pedro A. Gómez Naranjo, Aníbal Cardoso Gaitán, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

LA FACULTAD COACTIVA ES UN PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACION.—LOS RECONOCIMIENTOS LLEVAN EN SI UNA PRESUNCION DE VERDAD

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto trece de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Con base en un reconocimiento formado por la Recaudación de Impuestos sobre la Renta, el Juez de Rentas Nacionales de Bogotá libró ejecución por suma de pesos contra el doctor Gustavo Atuesta y a favor de la Nación, en auto de veintidós de junio de mil novecientos treinta y seis. Al serle éste notificado al deudor, interpuso apelación, por lo que la Corte conoce del asunto, y procede a decidirlo, agotada como está la tramitación legal.

El apelante en su alegato ha tachado de injurídico el mandamiento ejecutivo; y las objeciones que opone a la legalidad de éste se fundan en defectos o vicios esenciales, consistentes en que los reconocimientos "hechos por los recaudadores —dice— a cargo de los deudores de impuesto (art. 1059 del C. J.), para que tengan fuerza ejecutiva implican, como cualquier título que traiga aparejada ejecución, la existencia de una obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o que emane de una decisión que deba cumplirse". Manifiesta que esos requisitos no los llena el reconocimiento "porque es un acto unilateral del ejecutante —son sus palabras—, en que nada ha tenido qué ver el deudor", pues él ha sido un extraño en esa deuda fiscal hasta el momento en que le fue notificado el auto ejecutivo.

Aunque en esta Sala han cursado bastantes negocios de esta índole, sin que la objeción que ahora se hace a los reconocimientos se hubiera formulado, y siempre se han tenido como títulos bastantes para librar con ellos una ejecución, no pudiendo estimarse a la costumbre como un argumento decisivo que pueda tenerse en cuenta para rechazar a priori la argumentación que hoy se hace contra ellos, es necesario estudiar el punto de derecho para confrontar si la práctica aceptada está o no conforme con las leyes.

Siendo que las personas administrativas, como entidades morales, no pueden obrar por sí mismas en la gestión de sus negocios propios, se ven en la necesidad de ocurrir a funcionarios que las representen y administren los bienes de que deben subsistir, por lo que las leyes que emanan de esas personas administrativas o que las crean, han establecido a su favor ciertos privilegios que se han reputado en todo tiempo como nece-

sarios. Uno de esos privilegios es la jurisdicción o facultad coactiva, en virtud de la cual el Estado el Departamento o el Municipio cobran por medio de sus representantes o recaudadores ciertas cantidades que se les adeudan, haciendo confundir aparentemente en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y de parte.

Esta facultad es uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas, según lo expresa el notable publicista M. Hauriou. Este privilegio, el de que las personas administrativas no litigan con los individuos sobre un pie de perfecta igualdad, ha dado nacimiento a la jurisdicción coactiva, sin la cual seguramente la comunidad social no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la administración pública. Por esta razón, dice el citado autor que "las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza, que es una de las manifestaciones del procedimiento de acción directa; la Administración, confeccionando un simple documento de cobranza, se crea un título ejecutivo. Este privilegio existe, por lo menos en provecho del Estado, de los Departamentos..."

En virtud de este privilegio, los reconocimientos formados por los Recaudadores tienen en su favor una presunción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al librar la ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta que se hayan practicado por quien puede y debe hacerlo, y que expresen cantidad determinada a favor del Fisco, y además, que hayan sido "hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores por rentas o contribuciones, porque la obligación de los particulares en tal caso no se contrae por voluntad de ellos, sino por ministerio de la ley", como lo ha expresado la Corte en otras ocasiones.

Por manera que debiendo aceptarse el reconocimiento como un documento guarentigio, que da poder a la justicia para que ejecute al obligado como si se tratase de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, las demás razones que expresa el ejecutado doctor Atuesta no pueden tenerse en cuenta ahora, porque ellas se relacionan con una cuestión de hecho que debe ser probada por la parte que la alega con el fin de destruír la presunción de verdad de que el reconocimiento está investido, todo lo cual no puede verificarse en esta ocasión, sino en otra en que se debata el asunto con mayor amplitud.

Por lo expresado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma el auto apelado.

Sin costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Eleuterio Serna R., Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE RESCISION POR LESION ENORME

No siendo posible determinar la lesión enorme a causa de que lo vendido fue un globo o cosa global y no solamente una parte de ésta, y por no ser posible señalar el precio de esa parte, no es viable la acción de lesión, cuyo concepto implica necesariamente una comparación entre dos cifras: la del precio contratado y la del precio justo. La falta de uno de estos elementos, indispensables ambos, impide por sí sola la formación de aquel concepto. Cuando lo vendido ha sido una totalidad y no una parte solamente, no es lo aceptado atenerse a esa parte, aprovechando el actor la parte que le interesa y desechando la que no le conviene.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Civil de Unica Instancia.—Bogotá, abril diez y siete de mil novecientos treinta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El día 4 de agosto de 1934, el doctor Leandro Medina, en su condición de apoderado del señor Arturo Posada, formuló demanda contra la Nación para obtener de la justicia las siguientes declaraciones:

"a) Que el predio urbano conocido con el nombre de Tejar de Alcalá, situado en la ciudad de Bogotá, por los linderos y con las características y especificaciones que lo individualizan en al escritura Nº 1,789 de 22 de agosto de 1933, otorgada ante el notario cuarto de Bogotá, entre los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Obras Públicas, en nombre de la Nación; el

señor Personero Municipal de Bogotá, en nombre del mismo Municipio, y los señores Jorge Maldonado H. por la Sociedad Anónima Urbanizadora de las Mercedes; Arturo Posada, María Maldonado de Posada, Julia Maldonado de Corral y Emilia Maldonado de Pardo, en sus respectivos propios nombres; predio comprendido bajo los siguientes linderos: 'Por el norte, en toda su extensión, con propiedad de los vendedores, pared y cerca de alambre de por medio; por el sur, en toda su extensión, con la finca de 'La Merced', de propiedad de los padres jesuítas, pared y cerca de alambre de por medio; por el oriente, con propiedad de Daniel y Luis Gabriel Vega, cerca de alambre de por medio; por el occidente, en la parte en que esta finca se ensancha en su interior, con la misma finca de La Merced, en una parte, y en otra con la carrera 7ª, en una extensión de m. 20; frente éste que da entrada a la parte interior del lote alinderado, por el callejón marcado en su puerta con el Nº 1042. Dentro de este globo de tierra existen dos casas, una en el interior del lote, y la otra sobre la carrera 7ª, marcada éste en su puerta de entrada con el Nº 1040, la cual se halla alinderada así: Por el norte, con el callejón de que se hizo mención anteriormente; por el sur, con la finca denominada "La Merced", de propiedad de los padres jesuítas; por el oriente, con parte del lote antes alinderado, y por el occidente con la carrera 7ª'. Hoy el predio 'Tejar de Alcalá' lleva los números 36-32 y 36-34 de la carrera 7ª; ese predio tenía como justo precio el 19 de julio de 1933, y muy especialmente el 22 de agosto del mismo año, en esta ciudad, $ 200,000, o más, en la moneda legal colombiana corriente entonces; o lo que resulte acreditado en el juicio, y en todo caso, más del doble de lo que en las referidas fechas representaba la cantidad de $ 33,333.33 en moneda legal colombiana, y con mayor razón, del equivalente líquido de las especies y con los plazos en que fue pagada la cantidad nominal de $ 33,333.30 que por él se dio.

"b) Que en consecuencia, el vendedor, señor Arturo Posada, sufrió lesión enorme en la venta que le hizo a la Nación colombiana del predio llamado 'Tejar de Alcalá', hecha del modo y en las condiciones que expresa la mencionada escritura.

"c) Que por virtud de la lesión enorme declarada, la venta del 'Tejar de Alcalá' hecha por el señor Arturo Posada a la Nación, queda rescindida, y el predio, materia de ella, debe volver y vuelve al poder y dominio pleno del señor Arturo Posada, en el mismo estado o situación jurídica que tenía en el momento de la compraventa, y tal como lo recibió el representante del comprador; y que si no le fuere posible al comprador devolverlo en el mismo estado que tenía el día en que lo hizo suyo y lo recibió, que lo restituya pagando en dinero el precio o importe que en el juicio se haya probado o que en otro juicio se pruebe haber tenido en la fecha de la compraventa lo que desde entonces hasta la fecha de la restitución haya consumido, eliminado o modificado en él el comprador, en su provecho o interés, que es el interés público, y por su libre determinación.

ch) Que la Nación tiene un mes, contado desde que se ejecutorie la sentencia, para ejercitar el derecho que le otorga la primera parte del inciso primero del artículo 1,948 del C. C., esto es, para restituírle al vendedor el predio, o para completarle el justo precio declarado, con deducción de una décima parte; y si opta por restituírlo o expira el mes de plazo sin haber comunicado al vendedor favorecido con la rescisión por lesión enorme su voluntad de completarle el justo precio declarado, con la deducción del 10 por ciento, entregará la finca a su dueño inmediatamente, purificándola antes de todo derecho real que haya constituído en ella; y si opta por completar el justo precio, pagará asimismo el completo a la expiración del mes de plazo.

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 1946, 1947, 1948, 1952, 1953, 1954, etc. del C. C.; inciso 1º del artículo 40 y los relativos al juicio ordinario de mayor cuantía del C. J.

Como hechos fundamentales de la demanda, en el libelo se hace una enumeración de 25 consideraciones, comenzando por exponer el modo como fue adquirido el derecho de dominio vendido a la Nación; la manera como fue planteada la negociación tomada a cargo por el señor Ministro de Obras Públicas y las alternativas que tuvo hasta cristalizarse; el error, de voluntad o de entendimiento, en que incurrió el actor respecto del precio porque fue vendido a la Nación el predio denominado "Tejar de Alcalá"; las causas determinantes de dicho error; el valor, que a juicio del actor tuvo entonces el referido predio, enunciándose que hasta el propio Ministro de Obras Públicas llegó a ofrecer por él la cantidad de $ 200,000, etcétera, etcétera.

La historia de este negocio es sencilla y se puede resumir así: El Gobierno nacional, en el año de 1932, concibió la idea de dotar a esta ciudad de Bogotá de un gran parque público, y por conducto del Ministerio de Obras Públicas se iniciaron las actividades

convenientes para hacer la adquisición del terreno o terrenos necesarios. Parece que el Ministro de Obras Públicas se acompañó de varias personas competentes para elegir los terrenos, y posiblemente fue así como se hicieron propuestas para la compra de dos lotes sobre la carrera 7ª, denominados Las Mercedes y Tejar de Alcalá, con capacidad de 34 y 9 fanegadas, respectivamente. La enajenación se llevó a efecto por medio de la escritura pública número 1.789, otorgada en la notaría cuarta de este circuito y suscrita por las personas que menciona la petición a) de la demanda, que arriba se insertó, y los inmuebles fueron adquiridos como cuerpos ciertos, sin especificarse su extensión y por la cantidad de cuatrocientos cincuenta mil pesos, $ 450,000, al tenor de la cláusula quinta, que interesa reproducir textualmente aquí:

"El precio de la compraventa de los dos inmuebles referidos será de cuatrocientos cincuenta mil pesos, ($ 450.000), que se distribuyen así: 'El Tejar de Alcalá', treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos, con treinta centavos ($ 33,333.30); 'Quinta de Las Mercedes', cuatrocientos diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con setenta centavos ($ 416,666.70). En consecuencia, Arturo Posada recibirá por el 'Tejar de Alcalá' treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta centavos ($ 33,333.30), y por su derecho en 'Las Mercedes' ciento treinta y cinco mil cuatrocientos diez y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 135,415.67) y por el derecho de su esposa María Maldonado de Posada, treinta y un mil doscientos cincuenta pesos ($ 31,250.00), lo que da un total de doscientos mil pesos ($ 200,000.00). La 'Sociedad Anónima Urbanizadora de las Mercedes' recibirá ciento ochenta y siete mil quinientos pesos ($ 187,500.00). La señora Julia Maldonado de Corral, treinta y un mil doscientos cincuenta pesos ($ 31,250.00), y la señora Emilia Maldonado de Pardo, treinta y un mil doscientos cincuenta pesos ($ 31,250.-00)".

Y como se enuncia en la cláusula transcrita, y así es efectivamente, el señor Arturo Posada era dueño de todo el lote denominado "El Tejar de Alcalá", y además era comunero con su esposa en el predio de "Las Mercedes" en un 40 por ciento, correspondiendo el 60 por ciento restante a la familia Maldonado indicada en la escritura. Y así las cosas, unos y otros, don Arturo y su señora esposa y el resto de la familia Maldonado, llevaron a efecto la enajenación, por medio del referido instrumento público, de los predios Las Mercedes y el Tejar de Alcalá, y es en tales circunstancias como don Arturo Posada ha considerado que sufrió lesión enorme respecto del precio que recibió por la finca últimamente mencionada y que a él le pertenecía exclusivamente.

El señor Posada, en su demanda contra la Nación, pretende que se declare la nulidad de la venta del predio El Tejar de Alcalá, y se restituyan las cosas al estado que tenían antes, si es que la Nación no se allana a completar el precio de la finca en la forma y términos prevenidos por la ley.

La demanda fue dada en traslado al señor Procurador General de la Nación, quien propuso excepciones dilatorias por considerar que estaba indebidamente formulada, al no aparecer demandado el acto escriturario sino únicamente el señor Arturo Posada, y no los demás comparecientes vendedores; pero tales excepciones fueron resultas desfavorablemente, y el señor Procurador hubo de contestar la demanda en la forma ordenada por la ley, oponiéndose a que se hagan por la justicia las declaraciones pedidas en ella, y dando como motivos los siguientes: que el Gobierno no entendió comprar separadamente a cada una de las personas que compusieron el grupo de "los vendedores", sino a la entidad parte, integrada por todos ellos; que éstos a su vez no entendieron que uno hacía el traspaso de su propiedad sino en la conjunción de todos, en grupo con la denominación conocida de "los vendedores"; que ni el Gobierno ni "los vendedores" entendieron contratar sobre lotes distintos sino sobre un lote total de propiedades y así se hizo un conjunto que formó el terreno, materia de la compraventa; y que de tales circunstancias resulta la consecuencia jurídica de que el demandante no tiene acción para pedir la pretendida rescisión, puesto que él no es la parte que contrató sino simplemente uno de los individuos que la integraron al formar el grupo de "los vendedores", lo que ahora permite alegar, como excepción perentoria, la falta de acción, ya que no fue objetado en la demanda el precio total de la venta sino el precio parcial de ella. Además alegó que la demanda tampoco podía prosperar porque en la fecha de la venta el precio del contrato, o sea la suma de $ 450,000, no era inferior a la mitad del justo precio de la cosa vendida; y que aún considerando separadamente el lote de El Tejar de Alcalá, resulta que no tenía esa propiedad un valor real mayor al 200 por ciento de la suma de $ 33,333.30. Aparte de éstas, hace otras consideraciones el señor Procurador para poner de presente que no es legal lo pedido en la demanda, y así llama la atención sobre el avalúo que al pre-

dio de El Tejar de Alcalá le dieron dos peritos nombrados por el Ministerio, al concepto del arquitecto asesor de la Dirección Nacional de Edificios Nacionales, doctor Pablo de la Cruz, al del señor Salomón Serna y a lo que aparece del certificado del señor jefe de la oficina de Catastro, en relación con el avalúo catastral del predio El Tejar de Alcalá.

Trabado así el debate, el juicio fue abierto a pruebas y de esa manera se recibieron las que aparecen practicadas en los respectivos cuadernos de la parte actora y de la parte demandada. Posteriormente se recogió el alegato del señor Procurador General de la Nación, lo mismo que las alegaciones del señor apoderado, doctor Medina. Y como ha llegado ya la oportunidad de desatar la controversia, la Corte procede a ello, previas las consideraciones que van a expresarse.

El pleito versa sobre un punto concreto, que consiste en sostener que el vendedor del predio El Tejar de Alcalá sufrió lesión enorme al recibir, como precio del inmueble, la cantidad de $ 33,333.30, ya que esta suma, —se dice—, no alcanza a representar la mitad del valor de dicho inmueble, teniendo en consideración la época en que se llevó a efecto la enajenación.

Siendo éste el problema, parece que el pleito se encaminase especialmente a demostrar que el precio del inmueble respecto del cual ocurrió la lesión enorme, era superior al doble del precio pagado por él.

Sin embargo, la demanda viene precedida de numerosas consideraciones y hechos que la fundamentan, dirigidos a hacer ver el proceso de error en que incurrió el señor Arturo Posada, de quien se afirma que para mediados del año de 1933, padecía de una aguda crisis nerviosa —neurastenia—, que no le permitía dirigir sus negocios con el tino y el acierto de que daba pruebas cuando se encontraba en el pleno goce de sus facultades mentales. Y se dice que aquella crisis nerviosa del señor Posada le sobrevino en momentos en que estaba haciendo frente a varios cobros de créditos de dinero, de bastante consideración, y que fueron contraídos en una época anterior, cuando la situación económica del país contó con la mayor abundancia de dinero que se haya registrado en los últimos tiempos, habiendo sobrevenido después la depreciación general de los valores en una forma que puso en verdadera angustia a todas las personas obligadas a dar cumplimiento a los compromisos contraídos en la época de bonanza, como le ocurrió al señor Posada, resultando de todo ello que la finca El Tejar de Alcalá fue vendida por el bajo precio de que ya se ha hecho mención, y a pesar de que respecto de ella el señor Posada tuvo aceptado por parte del Ministerio de Obras Públicas el precio de $ 200,000 en una época anterior a la en que se hizo la negociación.

Las extensas consideraciones que se hacen en la demanda y se han hecho en los alegatos posteriores para explicar el fenómeno que le aconteció al señor Posada con la venta del lote de terreno llamado El Tejar de Alcalá, y para tratar de establecer el precio que en un momento dado estuvo convenido para la adquisición de aquel inmueble por parte del Gobierno Nacional, son apenas de una relativa importancia respecto del problema que ahora está para resolverse y que es el de determinar si realmente se consumó la lesión enorme al llevarse a cabo la compraventa del inmueble en la cantidad de $ 33,333.30.

Esto último es lo que realmente interesa tener en cuenta para juzgar de la lesión alegada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1947 del C. C., que dice: "El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato".

Atrás se insertó la cláusula de la escritura en que se habla del precio de los inmuebles adquiridos por el Gobierno, y esa cláusula entra diciendo claramente que "El precio de la compraventa de los dos inmuebles referidos, (Quinta de las Mercedes y El Tejar de Alcalá), será de cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000), que se distribuyen así: El Tejar de Alcalá treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta centavos ($ 33,333.30; Quinta de las Mercedes, cuatrocientos diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con setenta centavos ($ 16,666.70)".

De suerte que la cláusula fija con toda nitidez el precio de los dos inmuebles, tomados conjuntamente, en la suma de $ 450,000; y luégo esa cláusula hace una distribución del valor, señalando la cantidad de $ 33,333.30 para El Tejar de Alcalá, y la de $ 416,666.70 para la Quinta de las Mercedes. Esta segunda cláusula no tiene la claridad de la primera, puesto que no afirma que el precio del lote El Tejar de Alcalá sea la suma de $ 33,333.30, sino apenas hace una distribución de las sumas enunciadas entre las dos fincas y para que sean entregadas a los respectivos vendedores.

Si solamente hubiera de tenerse en cuenta el texto de la escritura, pudiera acaso

entenderse que aquella distribución de valores entre los predios, vale tanto como una fijación de predios para los inmuebles a que la negociación se refiere; pero como el negocio de compraventa de los inmuebles tuvo antecedentes conocidos que obran en este pleito y que se han alegado por el señor Procurador General de la Nación para la recta interpretación de la cláusula, fuerza es estudiar ahora tales antecedentes para fijar el alcance que tiene la cláusula respecto del punto discutido, y ya que no está claramente dicho en ella cuál es el precio de cada uno de los inmuebles.

Este punto es de gran significación para el juicio y debe estudiarse cuidadosamente, pues de él depende la solución que se ha de adoptar en el fallo.

Para el actor no hay duda de que el precio de cada uno de los inmuebles está nitidamente señalado en la escritura de compraventa, pero en las muy numerosas afirmaciones y alegaciones que ha hecho para el triunfo de esa tesis, no hace transcripción literal o textual de la cláusula que a su juicio resuelve ese punto. Y así por ejemplo, en el numeral 20 de la demanda dice a propósito: "... en la escritura de la compraventa con el Gobierno Nacional se tuvo cuidado de no englobar los de las dos fincas en uno solo, sino que a cada una se le asignó su precio separado de $ 416,666.67 para la Quinta de las Mercedes y de $ 33,-333.30 para El Tejar de Alcalá", a tiempo que la cláusula quinta de la escritura, como ya se vio, entra de lleno englobando en la suma de $ 450,000 el precio de la compraventa de los dos inmuebles referidos.

Cuando el Ministerio de Obras Públicas, en el mes de mayo de 1932 quiso orientarse por su propia cuenta del precio de los lotes de la Quinta de las Mercedes, Tejar de Alcalá y los terrenos contiguos de los señores Montañas, resolvió comisionar para tal fin a los señores Gabriel Durana Camacho y Manuel J. Ferro, advirtiendo en la comunicación que para tal efecto les dirigió, que deseaba un informe en conjunto respecto de las dos primeras fincas, y separado respecto de la última. Los comisionados rindieron su informe estimando en la cantidad de $ 350,-000 el precio de la Quinta de las Mercedes y el Tejar de Alcalá, y en la suma de $ 60,-000 el precio de la finca de los señores Montañas. Tal informe va precedido de varias consideraciones que lo fundamentan y allí se explica que se han estudiado cuidadosamente los terrenos mencionados para darle desempeño a la comisión. Al propio tiempo sugieren al Gobierno la conveniencia de aumentar en algo el precio por ellos acordado para asegurar la negociación de la Quinta de las Mercedes y El Tejar de Alcalá; y con tal motivo, nuevamente interrogados por el señor Ministro, los comisionados calcularon que se podría elevar a la cantidad de $ 375,-000 el precio de tales fincas. Al entrar en discriminaciones, los comisionados estimaron en la cantidad de $ 45,000 el precio de la finca El Tejar de Alcalá.

También oyó el Ministerio el concepto del arquitecto asesor del Ministerio de Obras Públicas, doctor Pablo de la Cruz, quien estimó en $ 214,000 el precio de la Quinta de las Mercedes y en $ 36,000 el de El Tejar de Alcalá; e igualmente oyó el concepto del arquitecto constructor, señor Salomón Serna, quien avaluó la Quinta de las Mercedes en $ 84,000 y el lote de el Tejar de Alcalá en $ 17,000. El doctor Pablo de la Cruz, al dar su dictamen, explicó que el lote de El Tejar de Alcalá era de una urbanización dificilísima.

Igualmente se tuvo el cuidado de averiguar cuál era el valor con que figuraban en el catastro las fincas mencionadas, resultando que la Quinta de las Mercedes tenía el precio de $ 138,000 y El Tejar de Alcalá el de $ 12,100.

En el mes de mayo de 1932, el señor Arturo Posada confeccionó un memorándum para el Ministerio de Obras Públicas en relación con la venta que se proponían verificar él y los demás condueños de las fincas aludidas; y en tal memorándum dice el señor Posada que consiente en las condiciones de precio y forma de pago "siempre que se haga un negocio global por las dos fincas". En seguida expresa que "el precio total de las dos fincas será la suma de $ 800,000", de los cuales le tocaría a él la cantidad de $ 440,000, pero al ser presentado este memorándum a los demás condueños se hizo la aclaración de que el precio total se dividiría a prorrata de la cantidad de varas cuadradas que a cada uno corresponde en los inmuebles. Este memorándum fue contestado por el señor Ministro de Obras Públicas con fecha 10 de mayo de 1932, y en la respuesta dice que sobre la base de que el ofrecimiento se hace ad-referendum, el Gobierno estudiaría la compra de la finca de las Mercedes y El Tejar de Alcalá por el precio de $ 500,000, así: de contado $ 200,000, y a plazo $ 300,000. Luégo el 14 de mayo los vendedores dirigieron una nueva comunicación al Ministro en que le ofrecieron las fincas por la suma total de $ 600,000, exigiendo al contado $ 300,000 y dando plazo para los otros $ 300,000, la que fue contestada por el Ministro expresando que la difícil situación que sufría el

país no le permitía al Gobierno mejorar la propuesta que ad-referendum había hecho. En posterior comunicación, de fecha 19 de mayo, los vendedores expresaron que aceptaban $ 200,000 al contado y $ 400,000 con plazo, y esta comunicación fue contestada con el memorándum de fecha 20 de mayo en que se expresa que "Está de acuerdo con la carta del 19 de mayo... y que en consecuencia el Ministro adelanta en estos momentos las gestiones del caso para realizar esta compra que, como se ha dicho en tántas ocasiones, requiere la aprobación del Excelentísimo señor Presidente de la República y del Consejo de Ministros y por consiguiente tiene el carácter, hasta ahora, de un convenio ad-referendum".

En este estado se encontraban las negociaciones cuando sobrevino el conflicto internacional con el Perú, lo que obligó a suspender las actividades iniciadas, ya que el Gobierno estaba en el deber de dedicar toda su atención a la defensa de la patria, y ello obligaba a consagrar todos los recursos económicos a ese objeto. Fue por esto por lo que no se volvió a tratar en el Ministerio de Obras Públicas el negocio de la compra de los lotes para el parque nacional durante bastante tiempo, pero una vez despejada la gravedad del conflicto, se reanudaron las negociaciones, y entonces el señor Arturo Posada y los demás condueños de la Quinta de las Mercedes dirigieron al Ministerio de Obras Públicas una comunicación con fecha 8 de junio de 1933, en que le expresan: "Aceptamos la propuesta final que en firme se ha servido formularnos el señor Ministro por conducto del doctor Manuel Benigno Pardo, o sea, la de que el Gobierno Nacional nos pagará por los dos predios precitados la suma de $ 450,000, así: en dinero de contado $ 150,000, tomando a nuestro cargo el descuento que deba cobrarle el Banco de la República por entregarle dinero al Gobierno en cambio de tres libranzas, etc...". Y luégo, en la misma comunicación, se expresó: "El precio se cubrirá a cada uno de los suscritos en dinero y en obligaciones del Banco Hipotecario de Bogotá, proporcionalmente al monto de la cuota que a cada cual corresponda, así: A los suscritos Arturo Posada y María Maldonado de Posada, doscientos mil pesos ($ 200,000)". Y en seguida se indicaba la distribución del precio entre los demás partícipes, hasta completar la suma de $ 450,000.

Respecto de esta última propuesta se expresa en la demanda que ella coincidió con la época en que el señor Arturo Posada había llegado a un estado agudo de depresión nerviosa, singularmente ocasionado por el número considerable de acreencias por cuyo cumplimiento se le apremiaba en aquellos momentos. Tal propuesta fue aceptada definitivamente, y previamente se suscribió una promesa de contrato que sirvió de base al negocio de compraventa de los lotes de terreno de que ya se ha venido haciendo mención.

La historia del curso de los antecedentes que culminaron en la celebración del negocio de compra de los lotes de la Quinta Las Mercedes y el Tejar de Alcalá, está indicando claramente dos cosas: primera, que en todas las oportunidades se puso especial cuidado por parte del señor Arturo Posada y también de los demás vendedores, en hacer un ofrecimiento global o en conjunto de las dos fincas prenombradas y por un precio total para ambas, y que si llegó a enunciarse una división de valores, fue a modo de distribución amigable y convenida privadamente entre los condueños, y para que el Gobierno, al hacer el pago, tuviese en cuenta esa distribución convenida; y segunda, que el Gobierno se mostró siempre consecuente con el ofrecimiento que en conjunto y por un precio total se le hizo de las fincas, y así se ve que en las ocasiones en que hizo propuesta por ellas, habló de un precio global para las mismas.

Y como ésa es la verdad conocida de los hechos, es de oportunidad que la Corte haga una rectificación al concepto insistentemente expresado por el interesado en este pleito, cuando dice que el interesado llegó a aceptar y convenir el precio de $ 200,000 para la finca El Tejar de Alcalá. En ninguna parte de los autos aparece la prueba de tal afirmación, y las referencias que a los memorándumes del Ministerio de Obras Públicas se hacen con este motivo, son inexactas y no expresan lo que dice el actor. En los memorándumes del Ministerio se habla lisa y llanamente de un precio global para la compra de las fincas, y no se le señala particularmente valor a ninguna de ellas. En las muy numerosas oportunidades en que se asevera en este pleito que el Gobierno ofreció la suma de $ 200,000 por la finca El Tejar de Alcalá, no se hace transcripción auténtica ni literal del pasaje o documento que lo demuestre; simplemente se hace la afirmación de ese hecho que, se repite, no está comprobado.

Es también la oportunidad de hacer presente el error en que incurrió uno de los peritos, el señor Marco A. Restrepo, cuando al rendir su exposición por escrito y fijar el precio que tuvieron las fincas en la época en que se verificó el perfeccionamiento del negocio, llegó a prohijar la misma afirma-

ción que ha hecho la parte demandante en este juicio, de que el Gobierno Nacional le ofreció $ 200,000 por la finca El Tejar de Alcalá. El perito nombrado expone, como uno de los fundamentos de su dictamen, tal afirmación, y llega hasta citar dos folios del expediente en que se encuentran los documentos que dice la comprueban (véase folio 134 v., cuaderno número 2). A tiempo que los documentos que menciona el perito, que son los de los folios 49 y 50 del cuaderno principal, comprueban lo contrario de lo que él afirma, porque precisamente el folio 49 lo constituye la citada carta de los interesados en la venta de los lotes dirigida al Ministro de Obras Públicas, el 19 de mayo de 1932, en que le dicen estas palabras: "El precio conjunto de las dos fincas es de $ 600,000, pagaderos por el Gobierno así...", y en esa carta no se habla en ninguna parte sobre el precio especial de El Tejar de Alcalá. De modo que al decir el Ministro en su memorándum del 20 de mayo, constitutivo del referido folio 50 del cuaderno principal, que "está de acuerdo con la carta del 19", aceptó ad-referendum el precio dicho global de $ 600,000, pero no el de $ 200,000 por El Tejar de Alcalá.

De otro lado, el señor Arturo Posada tenía interés directo en hacer una venta global de las dos fincas, por la sencilla razón de que el lote El Tejar de Alcalá estaba retirado de la carrera 7ª en una medida de 300 metros, y solamente conducía a él un callejón de 8 metros, 20 centímetros de frente; en cambio, la quinta de las Mercedes tenía sobre la carrera 7ª una extensión de 150 metros, y una parte considerablemente más plana y de fácil urbanización, como lo dicen las distintas personas que rindieron concepto sobre las condiciones de los dos lotes al Ministerio de Obras Públicas. Y esa diferencia de situaciones naturalmente hacía que la finca de El Tejar de Alcalá tuviese un precio bastante inferior, relativamente al de la Quinta de las Mercedes, y seguramente por ello el señor Arturo Posada hizo siempre especial hincapié en venderle al Gobierno globalmente y en conjunto ambos predios.

Era verdad que el señor Posada tenía el 40 por ciento de los derechos en la Quinta de las Mercedes, y que, llevando las cosas a un estado de división material, podía posiblemente mejorar la situación económica de la finca El Tejar de Alcalá; pero hasta cuando se llevaron a cabo las negociaciones aquella división material no se había hecho, y sin duda alguna para acortar la distancia que conducía prácticamente a aquel fin, el señor Posada obró de consuno con los otros condueños de la Quinta de las Mercedes para realizar una operación conjunta respecto de la enajenación de ambas fincas. Y por esto entre ellos se llegó a celebrar un convenio privado para la distribución de los valores en la hipótesis de una venta hecha al Gobierno, convenio que es oportuno reproducir aquí, y que dice:

"Los suscritos dueños de las fincas denominadas Quinta de las Mercedes y Tejar de Alcalá, situadas entre los barrios de San Diego y Chapinero de esta ciudad, hemos convenido de una manera privada y confidencial, pero que será obligatoria recíprocamente entre nosotros, que en el negocio de venta conjunta de dichos predios al Gobierno Nacional, el precio total que se obtenga (subraya la Corte) y que en ningún caso será menor del que ya ofreció por escrito el comprador (y siempre que además reconozca y pague intereses sobre la obligación del Banco Hipotecario), se distribuirá entre los condueños de la Quinta de las Mercedes el valor de ésta que de una vez fijamos en cuatrocientos mil pesos ($ 400,000); y el resto del precio total será para el dueño del Tejar, o sea el suscrito Arturo Posada. Lo que se reciba en dinero de contado se distribuirá a prorrata del derecho que en varas cuadradas corresponda en las fincas a cada uno de los vendedores; y de igual manera, a prorrata, se distribuirá la obligación a cargo del Banco Hipotecario y a favor del Gobierno, de suerte que a cada uno de los vendedores le corresponda en aquella obligación una cuota proporcional al derecho que tenga en tierra en el conjunto de las dos fincas. (Subraya la Corte). Bogotá, mayo trece de mil novecientos treinta y dos. Por mis derechos, por los de mi señora doña María Maldonado de Posada, Arturo Posada. Sociedad Anónima Urbanizadora Las Mercedes, Alberto Portocarrero, Gerente. Por los derechos de mi señora doña Julia Maldonado de Corral, Luis Carlos Corral. Por los derechos de mi señora Emilia Maldonado de Pardo, Enrique Pardo Dávila".

Y aquel propósito de hacer una operación conjunta, quedó claramente indicado también en la carta de fecha 8 de junio de 1933 dirigida al Ministerio de Obras Públicas, en que se le dice: "Aceptamos que el Gobierno Nacional nos pagará por los dos predios precitados la suma de $ 450,000 y el precio de las fincas será distribuido proporcionalmente al monto de la cuota que a cada cual corresponda, así: A los suscritos Arturo Posada y María Maldonado de Posada, $ 200,000... etc.".

Están, pues, en acuerdo la manifestación de los vendedores al Ministerio sobre venta

global de las fincas con lo que las partes habían proyectado, y con lo que previamente llegaron a pactar los propietarios para hacer la distribución de los valores de la venta.

En tales circunstancias, al Gobierno no le interesaba especialmente arreglar el precio particular de cada finca, ya que todos los interesados le ofrecían en conjunto la venta de ellas, y como todos estaban de acuerdo, era enteramente accidental arreglar particularmente con cada uno de ellos el precio de sus respectivos derechos. Y en tales condiciones se llevó a término la negociación que había sido planteada desde hacía bastante tiempo. De otro modo, si los condueños no se ponen de acuerdo en la venta global, el Gobierno habría tenido necesidad de pactar el precio de cada derecho de una manera determinada.

Conocidos y tenidos en cuenta los numerosos antecedentes mencionados, resulta muy explicable que en la cláusula quinta de la escritura se hubiese hecho con toda la nitidez necesaria, la declaración de que el precio de la compraventa de los dos inmuebles referidos será de cuatrocientos cincuenta mil pesos ($ 450,000), es decir, que se hubiese fijado de una manera conjunta el precio de las fincas; y consecuentemente se encuentra también explicable que a renglón seguido de esta declaración se hubiera dicho cómo se iba a verificar la distribución de esa suma de $ 450,000: "Que se distribuyen así: El Tejar de Alcalá, treinta y tres mil trescientos treinta y tres pesos con treinta centavos ($ 33,333.30); Quinta de las Mercedes, cuatrocientos diez y seis mil seiscientos sesenta y seis pesos con setenta centavos ($ 416,666.70). En consecuencia, Arturo Posada recibirá por el Tejar de Alcalá, $ 33,333.30...". Esta última declaración está mostrando el modo como los dueños convinieron en que se hiciese la distribución del valor total de las dos fincas, y bien claro aparece que en esa parte de la cláusula de la escritura no se dice que el precio de la finca El Tejar de Alcalá sea una determinada suma de dinero.

En una palabra, la forma como la cláusula de la escritura plantea la distribución del valor de las fincas, está indicando, junto con los demás antecedentes inequívocos de que arriba se hizo mención, que lo que se verificó por medio de ella fue este último fenómeno, es decir, una distribución de valores entre los copartícipes, y no una fijación de precios para los derechos de cada uno de los vendedores.

Ha entrado la Corte en estas disquisiciones porque son esenciales para la solución del problema que el pleito envuelve, y porque no habiéndose dicho con claridad cuál era el precio de cada una de las fincas vendidas, fuerza era acudir a las fuentes de información que tuvo el negocio en sus distintos antecedentes, y porque el art. 1618 del Código Civil expone que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras". Y esa intención ha quedado auténticamente conocida por medio de los antecedentes que precedieron la negociación, sobresaliendo entre ellos el explícito propósito del señor Arturo Posada de hacer una venta global de las fincas que fueron enajenadas mediante la escritura pública registrada que obra en los autos.

Así, pues, aún en el concepto de que hubiera conflicto entre las palabras y la intención, ésta, que debe prevalecer, está claramente establecida en el sentido ya visto.

La cláusula 5ª contiene dos partes distintas: una en que señala el precio del conjunto vendido, y otra en que lo distribuye entre los vendedores. La primera atañe al contrato en sí y al comprador. A este no le concierne lo convenido en la segunda entre los vendedores sobre un precio en cuya suerte, reparto o inversión, no es dado al comprador interesarse ni inmiscuirse.

Aceptada la solución impuesta por el conjunto de probanzas que obran en el juicio, sobreviene una consecuencia de hecho y de derecho, a saber: que no siendo conocido el precio particular de la finca El Tejar de Alcalá, ya que el valor que se le da es valor de distribución y no de precio de venta, la lesión enorme que respecto de esa finca se ha demandado, carece de fundamento, toda vez que la demanda parte del supuesto de que el valor de tal finca quedó determinado en la cantidad de $ 33,333.30, a tiempo que ese valor o el precio de ella no quedó determinado en la escritura de compraventa, ni en otra parte; y entonces se impone como lógica deducción la de que hay carencia de acción para demandar a la Nación por tal motivo, ya que el hecho fundamental de ese pedimento no está demostrado en el pleito, o sea el precio que dio la Nación por la compra de El Tejar de Alcalá.

Lo que no quiere decir que la lesión enorme de que se queja el demandante no se haya consumado; puede haberse verificado o no; pero se ha hecho imposible determinarla en cuanto al predio Tejar de Alcalá, por lo que no se hizo venta de él por un precio determinado sino por un precio conjunto con el de la Quinta de las Mercedes.

El concepto de lesión implica necesariamente una comparación entre dos cifras: la

del precio contratado y la del precio justo. La falta de uno de estos elementos, indispensables ambos, impide por sí sola la formación de aquel concepto.

A la Corte le merece profundo respeto el de la parte demandante cuando expresa que fue gravemente lesionada con ocasión de la venta del Tejar de Alcalá, y bien quisiera decretar la reparación que la justicia reclama, si es así que se ha inferido semejante injuria. Pero esa finalidad de reparación y de justicia no se realizaría decretando las peticiones solicitadas en la demanda, toda vez que en ella misma se reconoce que la venta hecha al Gobierno Nacional se hizo con beneficio para los dueños de la Quinta de las Mercedes y con perjuicio para el propietario de El Tejar de Alcalá, apreciación que se manifiesta en varios pasajes del libelo y que está sintetizada en estos términos, en la consideración vigésima, folio 99, de que viene precedida la parte petitoria de la demanda: "Pero, como una compensación otorgada imprevisora e involuntariamente al señor Posada, en el afán de alzar el precio de la Quinta de las Mercedes con mengua del asegurado para El Tejar de Alcalá, se tuvo el cuidado de no englobar las dos fincas en una sola suma..." Y como dicho está que el señor Arturo Posada era dueño con su mujer de una parte considerable de la Quinta de las Mercedes, el 40 por ciento, y esta finca era de mayor extensión y mejores condiciones que la otra, es obvio que al llevarse a cabo en tales condiciones la negociación, el señor Posada debió beneficiarse directamente con la mayor cuota que en la distribución de dinero que se hizo, tocó a la finca de las Mercedes, es decir, con el alza del precio que obtuvo ésta con mengua de El Tejar de Alcalá, y esto en la hipótesis del demandante.

Pero el señor Posada, al formular la petición fundamental de su demanda, no tiene en cuenta el beneficio que obtuvo de la venta de la Quinta de Las Mercedes, verificada en las circunstancias que él mismo reconoce, sino tiene en cuenta únicamente el perjuicio que dice recibió al realizarse la negociación del lote de su exclusiva propiedad, con beneficio del otro que estaba en comunidad y en el cual él era importante condueño. De suerte que, en el fondo de las operaciones económicas realizadas con motivo de la venta de las fincas al Gobierno, hubo una compensación para el señor Arturo Posada respecto de los valores que le correspondieron como distribución del precio conjunto de los inmuebles; y esa compensación que refleja a lo vivo la justicia que pudo haber en la distribución del precio para los dueños de las fincas, es lo que no se tiene en cuenta en este pleito contra la Nación, en el cual se la quiere obligar a pagar un perjuicio que tiene compensación para el demandante desde el punto de vista de la totalidad de la negociación que llevó a efecto.

Y es así como a posteriori se pone también de presente el espíritu que informó siempre la enajenación de las fincas por un precio global y no detallado de ellas, y que concurre a enseñar cuál fue la verdadera intención de las partes contratantes; y es a base del conocimiento de esa intención, como la Corte ha hecho la interpretación de la cláusula quinta de la escritura de compraventa de los inmuebles, deduciendo que la cantidad de $ 33.333.30 de que allí se habla, no es el precio de El Tejar de Alcalá sino uno de los efectos del pacto sobre distribución que adoptaron los vendedores para repartirse el precio conjunto que les fue dado a los predios por medio de la cláusula interpretada.

Por todo ello, si es que en realidad hubo lesión enorme, ésta no se puede reparar, dentro de un elevado espíritu de justicia, si se tiene en cuenta la totalidad de la negociación que se llevó a efecto, y no dividiendo ese acto en dos porciones, como lo pretende el demandante, aprovechando la parte que le interesa y desechando la que no le conviene.

De otro lado, las diferencias y posibles acciones en razón de un indebido reparto de precios, es cuestión para entre las varias personas que formaron la parte vendedora; pero no para con la Nación, ante la cual se presentaron todos ellos en conjunto con el fin de venderle una finca total que, aunque formada por dos distintas, constituyó una sola para la venta a la Nación, como queda aquí claramente visto.

La Corte no acoge la alegación que hace el señor Procurador General de la Nación cuando expresa que hubo irregularidad en haberse demandado por uno solo de los contratantes la acción de la lesión enorme, por haberse hecho una venta conjunta de los inmuebles. Por medio de un solo instrumento público pueden varias personas agruparse para enajenar cosas que particularmente les pertenecen, resultando así que puede haber tantas operaciones de venta como cosas, y verificadas mediante el otorgamiento de un solo instrumento público; y si respecto de cada cosa se estipula su precio, la lesión enorme, si es que se supone, puede ser demandada por el respectivo perjudicado. Pero en este pleito lo que impide el triunfo de

la acción para el actor es el no haberse demandado la lesión enorme teniendo en cuenta el precio conjunto de las fincas, y no haberse demostrado que el lote El Tejar de Alcalá tuvo realmente un precio de venta en la escritura en que se hizo constar la operación.

En consecuencia, y en mérito de las consideraciones que se dejan expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Unica Instancia, 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, sentencia:

No es el caso de decretar ninguna de las peticiones de la demanda, y en tal virtud, se absuelve a la Nación de los cargos que en ella se le formulan.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese en oportunidad el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán, Pedro A. Gómez Naranjo, Eleuterio Serna R., Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Gustavo Gómez Hernández, Srio. en ppd.

AVISO IMPORTANTE

Avisamos a los suscriptores de la GACETA JUDICIAL que el número 1913 está destinado al índice y Jurisprudencia del tomo XLIII, y que con el número 1914 empezará el tomo XLIV.

INDICE:

Pág.

EDITORIAL—La simulación y su prueba. Antonio Rocha 699

CORTE PLENA

DEMANDA SOBRE INEXEQUIBILIDAD. Se revoca el auto de fecha diez y seis de junio pasado y se admite la demanda presentada por el señor Carlos Abondano Rizo sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones del Decreto Nº 136 de 1932 Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 708

SALA DE CASACION EN LO CIVIL

DEMANDA SOBRE DECLARACION DE NO HABER SIDO EJECUTADA UNA SENTENCIA.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario seguido por Gorgonio González contra Tiburcio Argüello.—Magistrado ponente, Dr. Diborio Escallón 710

REIVINDICACION DE UNA SERVIDUMBRE DE AGUAS.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Alejandro Ritchie contra Luis María Vela Briceño y otros. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 715

DEMANDA DE NULIDAD DE UN TESTAMENTO ABIERTO. —No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario seguido por Abraham Bohórquez contra Evengelino y María Reyes Cuchevaguen. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 719

MINAS.—OPOSICION A LA POSESION DE UNA MINA.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Constantivo Salazar Ruiz contra Miguel S. Uribe Holguín. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 724

NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EMBARGADOS.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Pedro Castro C. contra Elías Angel Olarte. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 733

ACLARACION a la sentencia por medio de la cual se casó la dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Pedro Castro C. contra Elías Angel Olarte. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 738

RECURSO DE HECHO.—Se niega el interpuesto por el Dr. Pedro José Arenas como abogado consultor de la empresa del Ferrocarril Central del Norte, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bucaramanga sobre expropiación de un terreno. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha... 741

DEMANDA SOBRE RESOLUCION DE UN CONTRATO.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Pedro A. D'Luiz y otros, contra Antonio José Escobar. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza. 743

REIVINDICACION Y ACCION DE IMPUGNACION DE UN REMATE.—ACUMULACION DE ACCIONES.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio reivindicatorio seguido por Julio Siefken contra C. y R. Echeverría y otros. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica..... 749

ACCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO.—Se casa parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por Roberto Pulido Santamaría contra la Societé Nationale de Chemins de Fer en Colombie. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica..... 756

RECURSO DE HECHO.—Se niega el interpuesto por el mandatario de la parte ejecutada contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el ejecutivo seguido por el Banco de Bogotá contra María Toledo de Izquierdo y Antonio Izquierdo Toledo. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica. 760

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario seguido por Francisco González contra Roberto Hoyos. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica. 761

DEMANDA PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO Y PARA LA DECLARACION DE VIGENCIA DE UNAS HIPOTECAS.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Scriven Brothers & Cº Ltd, contra F. Gómez O. & Cía. Magistrado ponente, Dr. Juan Francisco Mújica 766

RECURSO DE HECHO.—Se niega el interpuesto por el señor Luis Arango C. contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Pereira en la demanda intentada por Arango sobre venta en pública subasta de una casa para repartir el producto entre

INDICE:

Pág.

los copartícipes. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza. 771

CARTAS DE PAGO Y LIBROS DE COMERCIO.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Enrique Isaacs contra Inés Marchesiello de Isaacs. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 772

LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD DISUELTA.—OBJECIONES A LA PARTICION.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio sobre liquidación de una sociedad seguido por Inés de la Torre de Holguín y otros contra María Zapata de la Torre y otros. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo. 780

LA SUCESION NO ES PERSONA JURIDICA.—DEUDAS HEREDITARIAS.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario seguido por Max Duque Gómez contra la sucesión de Francisco Bedón, por el valor de servicios médicos. Magistrado ponente, Dr. Miguel Moreno Jaramillo 788

CASACION: ORIGEN, FINALIDAD Y MECANISMO DE LA INSTITUCION; CAUSALES DE CASACION.—ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO EN CASACION.—ACTOS JURIDICOS DE LOS "DEMENTES"; NULIDAD POR DEMENCIA; PRUEBA DE LA DEMENCIA.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en el juicio ordinario seguido por Alicia Cuartas de Vélez contra Valentín González C. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 794

SOCIEDAD CONYUGAL. — IMPOSICION DEL HABER SOCIAL.—CREDITO DE UN CONTRATO DE MUTUO CELEBRADO POR LA MUJER.—PAGO HECHO DE BUENA FE AL POSEEDOR DE UN CREDITO.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Carlos Ballesteros contra Carlos Julio Téllez y Florentino Alvarez. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel. 805

DOMINIO.—PRUEBA DEL DOMINIO EN LOS JUICIOS DE REIVINDICACION.—ACCESION.—TEORIA GENERAL DE LAS ACCESIONES DEL SUELO EN EL DERECHO COLOMBIANO.—ALUVION.—AVULSION.—MUTACION DE ALVEO O CAMBIO DE CAUCE DE UN RIO Y FORMACION DE NUEVA ISLA.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Jorge Posada Muñoz contra Abraham Guzmán. Magistrado ponente, Dr. Eduardo Zuleta Angel 813

SIMULACION Y NULIDAD.—Sentencia dictada en el juicio ordinario seguido por Alejandro Bonilla González contra la Comunidad Dominicana. Magistrado ponente, Dr. Antonio Rocha 827

Pág.

SALA DE CASACION EN LO CRIMINAL

HOMICIDIO.—Se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en la causa contra Félix Rodríguez por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias. . . . 833

TESTIMONIO FALSO.—Se absuelve al procesado Félix Martín Sanabria por el delito de testimonio falso. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 836

HOMICIDIO.—No se infirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en la causa contra Eduardo Gómez por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 839

RECURSO DE HECHO.—Se niega el interpuesto por el apoderado de Belisario Rincón contra la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en que lo condena por el delito contra la hacienda pública. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 840

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en la causa contra Justo Campo G. por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 843

JUSTICIA MILITAR.—DECLARACION DE NULIDAD DE UN JUICIO MILITAR.—Se declara nulo el seguido contra Jesús Leal Rodríguez por deserción. Magistrado ponente, Dr. Salvador Iglesias 845

AHORCAMIENTO.—CONDENA DE VEINTE AÑOS DE PRESIDIO.—No se infirma la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en la causa contra Félix Antonio Sánchez, Marco Avila y Carmen Rosa Avila por asesinato. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez. 846

DUDA ACERCA DE LA CAUSA QUE PRODUJERA LA MUERTE DE LA OFENDIDA.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en la causa contra Adán Antonio Restrepo por asesinato y se ordena el juzgamiento por heridas. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez. 850

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO. CASACION DE UNA SENTENCIA POR ASESINATO, QUE IMPUSO VEINTE AÑOS DE PRESIDIO.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de San Gil en la causa contra Arturo Nova, por asesinato. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 853

LAS APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER DEBEN FALLARSE POR LOS TRIBUNALES EN SALA DE DECISION.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra Juan Andrada y Salvador Maresca por el delito de hurto, y se declara nulo lo actuado, desde el auto que en segunda instancia decidió del mérito del sumario. Magistrado ponente, Dr. Pedro Alejo Rodríguez. 855

REPUBLICA DE COLOMBIA BIBLIOTECA CORTE ESPECIAL DE CASACION

INDICE:

Pág.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

DEMANDA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido por Jerónimo Maldonado contra la Nación, Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 858

SOLICITUD DE COADYUVACION.—Se confirma la providencia dictada por el Magistrado sustanciador Dr. Serna en el juicio ordinario que adelantan contra la Nación las sucesiones de Agustín de Castro y Ana María de Castro. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 859

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO. Se declaran no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado Jesús A. Monsalve en el juicio que por jurisdicción coactiva le adelanta la Administración de Hacienda Nacional de Medellín por impuesto sobre la renta. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 861

APELACION DE UNA SENTENCIA.—Se abstiene la Corte de conocer del desistimiento de una apelación de una sentencia del Tribunal de Bucaramanga, interpuesto por el señor Alfredo Orduz. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 862

NOTIFICACION DE UN AUTO.—Se abstiene la Corte de conocer de la apelación interpuesta por el señor Gobernador del Departamento de Bolívar en un juicio ejecutivo que contra dicho Departamento se adelanta ante el Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente., Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 863

ACCION EXHIBITORIA.—Se niega la reposición del auto dictado por la Corte en que se decidió la apelación en el incidente sobre exhibición de la contabilidad de The Dorada Railway Company Limited, en el juicio de cuentas que le sigue el Departamento del Tolima. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 864

NULIDAD DE UNA ACTUACION.—Se declara la nulidad de lo actuado en el juicio que adelanta el señor Recaudador de Hacienda Nacional de Tumaco contra Aristo M. Suárez por impuesto sobre la renta. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo. 866

EXCEPCION EN JUICIO EJECUTIVO.—Se revoca parcialmente la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ejecutivo seguido por el doctor Enrique Rodríguez Diago y otro, contra el Departamento de Bolívar. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 867

PENSION.—Se confirma la sentencia que decretó una pensión a favor del doctor Augusto N. Samper, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 870

PENSION.—Se niega la pensión solicitada por la señora Paulina O. de García Herreros en su condición de viuda del doctor Aníbal García Herreros. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 871

PENSION.—Se ordena pasar al Consejo de Estado la demanda iniciada por Tomás Rosa para que se le decrete una pensión militar. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo 873

NOTIFICACIONES.—Se abstiene la Corte de conocer de una apelación por no haber sido notificado el auto que la concede al señor Agente del Ministerio Público. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 874

PENSION.—Por carencia de jurisdicción, se abstiene la Corte de conocer en la solicitud de Tulio Crespo, del cuerpo de inválidos, sobre aumento de su pensión. Magistrado ponente, Dr. Pedro A. Gómez Naranjo..... 874

LA HIPOTECA DE COSA AJENA NO VALE.—EL DERECHO DE HIPOTECA, COMO EL DE ENAJENAR, TIENEN RELACION INTIMA CON EL DOMINIO. Se declara probada la excepción de nulidad de la hipoteca propuesta por el ejecutado señor Luis María Rodríguez en el juicio que por pesos le adelanta la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 876

SE DECLARAN INCONDUCENTES las excepciones propuestas por el señor Tulio S. Romero en el ejecutivo que le adelanta la Nación como fiador del señor Carlos Betancourt Arango. Magistrado ponente, doctor Eleuterio Serna R. 878

COMPETENCIA SOBRE EL CONOCIMIENTO DE TERCERIAS ACUMULADAS.—Se abstiene la Corte de conocer de las tercerías acumuladas en el juicio ejecutivo que sigue la Nación contra Gabriel Afanador y otros. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 881

LA FACULTAD COACTIVA ES UN PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACION.—LOS RECONOCIMIENTOS LLEVAN EN SI UNA PRESUNCION DE VERDAD.—Se confirma el auto dictado por el Juez de Rentas Nacionales de Bogotá en el ejecutivo que por impuesto sobre la renta se sigue contra el doctor Gustavo Alvesta. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 882

SALA CIVIL DE UNICA INSTANCIA

DEMANDA DE RESCISION POR LESION ENORME.—Se absuelve a la Nación de los cargos formulados en la demanda intentada por el señor Arturo Posada, por lesión enorme. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 883


BIBLIOTECA

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia.

TOMO XLIII BOGOTA, MAYO DE 1937. NUMERO 1913

JURISPRUDENCIA RAZONADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO XLIII,

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

A

ABUSO DEL DERECHO

- 1 -

Se había demandado en juicio ordinario al que pidió el secuestro de un almacén, como si hubiese abusado del derecho de litigar y por los perjuicios que el actor aseveró habérsele causado en el secuestro. Como no prosperase la acción recurrió el demandante en casación. Sobre la teoría del abuso del derecho dijo la Corte, en la sentencia en que no casó la recurrida:

"La existencia de un Código de Procedimiento Civil para regular el modo como deben ventilarse y resolverse las trasgresiones del derecho entre los particulares (artículo 194 del mismo Código), significa que éstos pueden recurrir lícitamente a ese medio con que la sociedad ha querido sustituir el derecho a la fuerza. El mismo Código, al regular el ejercicio judicial de los derechos, va determinando la extensión que puede hacerse de las acciones tendientes a perseguir o defender un derecho. Y mientras el que recurre a él se mantenga dentro de límites útiles y conducentes, hace uso de su derecho y a nadie daña. Pero el uso anormal, mal intencionado, imprudente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen esas leyes rituarias para el reconocimiento, efectividad o defensa de un derecho, degenera en abuso del derecho de litigar y en cada caso particular el juez puede juzgar que constituyen un caso de culpa civil. En muchos casos, las mismas leyes de procedimiento erigen algunas actuaciones en culpas, y las sancionan con multas dentro del mismo proceso, como se verá en seguida. El Código Judicial al no autorizar el embargo y secuestro de bienes sino en la cantidad suficiente para seguridad del pago (artículo 274, inciso 1º), al permitir la reducción del secuestro en el exceso que se compruebe (artículo 283), al exigir fianza previa al acto del embargo (artículo 274, inciso 3º), para asegurar al verdadero dueño de los bienes el reembolso de los posibles perjuicios, y no ya solamente de las costas, y al sancionar la temeridad del embargo y del secuestro con una multa de diez a mil pesos (artículo 1021), en todos esos casos el Código muestra claramente su intención de castigar el dolo y la culpa lata equiparada a él, lo cual no es otra cosa que la sanción del abuso del derecho de litigar, caracterizado, en aquellos concretos ejemplos, con

Págs.

el propósito de perjudicar a otro privando al propietario por tiempo indeterminado del ejercicio y goce legítimos de sus derechos de administrar, gozar y enajenar sus bienes, sin que con las referidas medidas judiciales haya utilidad para el ejecutante, porque, no resultando ser de su deudor los bienes, no conseguirá reducirlos a dinero mediante el remate, que es la finalidad del juicio ejecutivo, y excediendo evidentemente la cuantía de los bienes embargados y secuestrados a la proporción del crédito que se persigue, ese exceso, de cuya disponibilidad se priva al deudor, no es un medio necesario sino inútil para la satisfacción del derecho del acreedor... El sentido absolutorio del fallo no significa que la Corte rechace la teoría del abuso del derecho, ni que deje de ver en artículos como el 8º de la ley 153 de 1887 y 2353 del C. C., suficiente base legal para la aplicación de tal teoría, que, por lo demás, desde el año de 1899 fue aplicada por ella (sentencia atrás citada). Lo que ocurre es que los hechos invocados como base de la acción ejercitada en este juicio no constituyen abuso del derecho. Ni estudiando el asunto a la luz de la concepción clásica o INTENCIONAL (presentada, en la doctrina, por Ripert, y en la legislación por el código alemán); ni estudiándolo a la luz de la concepción FUNCIONAL (proclamada en la doctrina por Josserand y en la legislación por el código soviético), puede clasificarse este caso como abuso del derecho". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, octubre 30 de 1935) ..... 313, 1ª y 2ª, y 316, 2ª

ACCESION

- 2 -

Otra de las demandas subsidiarias en el pleito promovido por Jorge Posada Muñoz contra Abraham Guzmán sobre declaración de dominio y restitución de una finca raíz, tendía a que se declarase que la mitad del terreno del cauce abandonado por el río Saldaña accedía al predio del actor. Dijo la Corte, en los razonamientos de instancia por haber de casar el fallo recurrido:

Págs.

"Por esta alusión a la petición tercera así como por las afirmaciones contenidas en los hechos 9º y 10º, se ve claramente que el actor —para los efectos de la segunda demanda subsidiaria— parte de la base de que el terreno a que se contrae el litigio, o sea todo el alinderado en la petición tercera de la demanda principal, fue CAUCE del río Saldaña. Sin necesidad de entrar a estudiar si esto está o no demostrado, y dando por sentado que lo está, no puede prosperar tampoco la demanda subsidiaria formulada en último término, por las siguientes razones: 1ª Para que haya lugar a adquirir, por accesión, la propiedad de lo que ha sido cauce de un río, no basta que éste haya quedado en seco. Es menester, además, que el agua no haya seguido ocupando y desocupando alternativamente en sus creces y bajas periódicas el terreno con respecto al cual se pretende la adquisición de dominio por accesión. Así se deduce, sin la menor duda, de lo prescrito por los artículos 720, inciso 2º, 724, inciso 1º, y 725, regla 1ª, del Código Civil. Más aún: puede decirse que toda la reglamentación que el legislador hizo del fenómeno de la accesión se basa en el principio fundamental de que, cualquiera que sea la clase de accesión de que se trate, es menester, para que por ese modo se adquiera el dominio, que el terreno haya quedado PERMANENTEMENTE en seco y que las aguas no lo sigan ocupando y desocupando alternativamente en sus creces y bajas periódicas, pues 'el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas FORMA PARTE DE LA RIBERA O DEL CAUCE Y NO ACCEDE MIENTRAS TANTO A LAS HEREDADES CONTIGUAS'." (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 18 de 1936) ..... 325, 1ª y 2ª

ACCESION

- 3 -

En un juicio sobre declaración de dominio de una finca raíz y otros extremos, había pedido subsidiariamen

te el actor que se declarase que el terreno sobre que versaba el litigio accedía a la isla de que estaba en posesión. Casó la Corte la sentencia recurrida por el actor y sobre el punto de la accesión dijo, ya en los razonamientos de instancia, lo siguiente:

"El fenómeno de la accesión del suelo puede realizarse de cuatro maneras, a saber: a) Por aluvión; b) Por avulsión; c) Por mutación de álveo o cambio de cauce de un río; d) Por formación de nueva isla. Dejando a un lado la avulsión que, como es obvio, ningún interés tiene para el caso presente, es procedente estudiar y precisar los requisitos y características de las otras tres formas de accesión para resolver acerca de la petición subsidiaria en cuestión. I.—ALUVION. Para que haya aluvión se requiere: a) Que haya AUMENTO DE UNA RIBERA por el retiro de las aguas; b) Que ese retiro sea lento e imperceptible, y no violento; c) Que las aguas se hayan retirado completa y definitivamente del terreno que se pretende adquirir por accesión, y que, por ende, tal terreno no siga siendo alternativamente ocupado y desocupado por aquéllas en sus creces y bajas periódicas. Los fundamentos de la accesión por aluvión explican la exigencia de los antedichos requisitos y contribuyen a señalar y determinar el exacto campo de aplicación de dicha institución. Esos fundamentos son dos: a) En primer lugar el legislador quiso establecer en favor de los riberanos 'una compensación por el riesgo que ellos corren por el hecho de ser colindantes con el agua'; b) En segundo lugar —y esto solo sería bastante para poner de manifiesto en el caso presente la improcedencia de la alegación sobre aluvión— la ley quiso 'evitar que los propietarios riberanos, a quienes el hecho de serlo les reporta beneficios, se vean privados de ese beneficio por un hecho natural'. II.—MUTACION DE ALVEO O CAMBIO DE CAUCE DE UN RIO. Puede ocurrir: a) Que el río simplemente cambie de cauce, o b). Que se abra en dos brazos que no vuelvan después a juntarse. A) En el primer caso, se divide el cauce abandonado en dos partes iguales, para repartir entre los riberanos, siempre y cuando que aquél quede definitivamente en seco, es decir, que no siga siendo ocupado y desocupado alternativamente por las aguas. B) En el segundo las partes del cauce anterior que el agua dejare descubiertas permanentemente acceden a las propiedades contiguas. Un fenómeno que se semeja mucho al primero de los que acaban de indicarse, pero que se rige por reglas distintas, es aquel en que el cambio de cauce se opera cargándose el río a una de las riberas y dejando la otra definitivamente en seco. Las normas aplicables son entonces las del aluvión, a diferencia de lo que acontece cuando el río cambia enteramente de cauce, dejando completa y totalmente el anterior, que es el caso a que ya se aludió, en el cual el cauce abandonado se divide en dos partes para repartir entre los riberanos. III. — FORMACION DE NUEVA ISLA. Para que haya lugar a la accesión en virtud de la formación de nueva isla se requiere: a) Que la isla no sea de las que hayan de pertenecer a la Nación; y b) Que no siga siendo alternativamente ocupada y desocupada por las aguas en sus creces y bajas periódicas. Concurriendo esos dos requisitos, hay lugar a la adquisición de la propiedad por accesión, de acuerdo con las reglas siguientes: a) La nueva isla que se forme en el cauce de un río accede a las heredades de aquella de las dos riberas a que estuviere más cercana toda la isla, y si ésta no estuviere más cercana a una de las dos riberas que a la otra, accederá a las heredades de ambas riberas; b) Si la nueva isla no se forma en el cauce de un río, sino en un lago, accede a todas las propiedades riberanas menos a aquella cuya menor distancia de la isla exceda a la mitad del diámetro de ésta, medido en la dirección de esa misma distancia. No debe confundirse con este fenómeno de adquisición de la propiedad por accesión en razón de la formación de nueva isla el de la apertura del río en dos brazos que vuelven a juntarse. En este caso, con respecto al terreno que quede comprendido entre los dos brazos, no se altera el derecho de dominio an-

terior, y en cuanto a la parte del lecho del río que hubiera quedado descubierta, la regla es la misma dada para el caso de mutación de álveo o cambio de cauce de un río, a saber: accederá a las heredades contiguas. Es de advertir que la ley en el capítulo destinado a las accesiones del suelo se ocupa de dos fenómenos distintos a los de accesión, y ello cabalmente con el propósito de dejar establecido, para evitar dudas y equívocos, que aquéllos no constituyan casos de accesión; es decir, que no constituyen modos de adquirir el dominio, sino todo lo contrario, es a saber: que las situaciones jurídicas concretas concernientes al dominio y anteriores a tales fenómenos, se conservan intactas después de la ocurrencia de ellos. Esos dos fenómenos distintos a los de accesión son: a) El de la inundación que dure menos de diez años (art. 723), y b) El de la formación de una isla por un río que se abre en dos brazos que vuelven después a juntarse (regla 2ª del art. 726)". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 18 de 1936). (1) ..... 821, 2ª, y 822, 1ª y 2ª

ACCION DECLARATIVA

- A -

Roberto Pulido Santamaría demandó a la Société Nationale de Chemins de Fer en Colombie, entre otras cosas, para que se declarase que estaba obligada a pagarle al actor el valor de los trabajos ejecutados por él y cuyo importe no hubiese sido satisfecho, más el valor de los excedentes en la construcción de los terraplenes con un aumento de un veinte por ciento sobre los niveles fijados en los planos. Como hiciese el Tribunal esa declaración recurrió la compañía demandada acusando el fallo por violación de los artículos 480 y 558 del Código Judicial, pues habiendo suplicado el actor el pago del valor de los trabajos que hizo y el de los excedentes en la construcción de los terraplenes, tal valor no es el de una prestación accesoria, sino que constituye el contenido principal de la obligación correlativa a la del demandante, proveniente del contrato bilateral. Dijo la Corte:

"Si se tiene en cuenta que de un mismo derecho pueden brotar varias acciones, que la sentencia es siempre de la clase de la acción ejercitada, y que ésta se configura por la súplica de la demanda, aparece evidente que el actual fallo, en su parte resumida, y según la clasificación hecha (1), es simplemente declarativo. Esto último lo corrobora suficientemente el considerando de la sentencia del Juzgado, transcrita en el capítulo segundo. Por lo tanto, el Tribunal, no sólo dio a su sentencia, al disponer la aplicación del artículo 553 del Código Judicial un alcance extraño a la naturaleza de ella, sino que dedujo una consecuencia propia de los fallos de condena. Es sabido que el derecho de obligación, en virtud de su definición misma, tiene una faz activa que se denomina crédito y un aspecto pasivo que se llama deuda. Por manera que en tratándose del reconocimiento de la existencia de un vínculo jurídico contractual, tanto de declarar que el acreedor tiene el poder para exigir de su deudor el acto o la omisión convenidos, como reconocer que el deudor tiene el deber, para con el acreedor, de hacer o de no hacer lo estipulado. En la sentencia que se analiza simplemente se declara, conforme a la intención de la demanda, la existencia de un derecho de crédito, contemplado por el lado pasivo. Es suficiente, para descartar la hipótesis de que la acción incoada por el demandante fue de condena, observar que la sentencia no es susceptible de ejecución, sin embargo de que la súplica estimada en ella por el Tribunal es congruente con los hechos pertinentes de la demanda.... Es notoria por lo tanto, la imposibilidad jurídica del demandante para efectuar, como erróneamente lo pretendió el Tribunal, una simple liquidación motivada y especificada de trabajos de cuya natura-

(1) Artículos 719 y siguientes del Código Civil

(1) Véase la doctrina titulada SENTENCIA, donde aparece la clasificación a que se alude.

Pág.

raleza, se repite, no ha sido materia de la actual controversia, y cuyos precios, excepto uno, tampoco se hallan determinados. Ahora bien. La acción declarativa, para que sea procedente, requiere ante todo que el demandante tenga un interés jurídico actual en la pronta constatación judicial de su derecho, lo cual se realiza, generalmente, mediante la presencia simultánea de tres condiciones, a saber: a) Que la incertidumbre respecto de la situación jurídica del actor, sea de tal naturaleza que suscite temores reales acerca de la seguridad de aquélla. Por ejemplo, el peligro de pérdida o oscurecimiento de la obligación. Por consiguiente, ante la sola circunstancia (que es la de este pleito), de que el interés económico o moral del demandante se halle simplemente amenazado, no se da tal condición; b) Que la sentencia de declaración sea la única adecuada y necesaria para evitar el peligro de incertidumbre en el derecho del actor. Por ejemplo, puede pedirse el reconocimiento, frente al responsable, de la existencia de un derecho a indemnización de perjuicios con motivo de que un niño sufrió, a causa del atropello de un vehículo, la lesión de uno de sus órganos, dejando el ejercicio de la correspondiente acción de condena para cuando, por el desarrollo de la víctima, sea posible saber exactamente cuál fue su incapacidad para el trabajo; y c) Que no sea factible entablar acciones distintas que se opongan a ello. De ahí que la acción de declaración sea considerada en el derecho procesal, por lo regular, como un recurso subsidiario. De lo dicho se infiere que el actor carece aquí del interés jurídico indispensable para obtener la declaración de súplica". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 2 de 1936) ..... 758, 1ª y 2ª, y 759, 1ª

ACCION DE DOMINIO

- 5 -

"La acción de dominio no surge por el simple hecho de la adquisición del derecho real, sino que brota de él solamente a causa de la conducta de una persona opuesta al contenido de ese derecho absoluto. De ahí que la acción de reivindicación, tanto por su contenido como por su extensión, nunca sea idéntica, ni aun en mínima parte, al derecho de dominio de donde nace: por su contenido, en virtud de que la acción constriñe al poseedor al acto positivo de la entrega de la cosa, mientras que por la propiedad se adquiere el señorío sobre la cosa y una facultad de prohibición contra todos, la cual, desde el punto de vista pasivo, no se configura como una obligación típica de omisión; por su extensión, debido a que la acción únicamente se endereza contra el infractor del dominio, y en cambio, la propiedad se dirige ERGA OMNES". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 30 de 1936) 754, 2ª

ACCION DE PERJUICIOS POR DENUNCIOS CRIMINALES

- 6 -

Denunciada criminalmente una sociedad comercial por estafa, demandó en juicio ordinario el pago de perjuicios por el denuncio. Como fuese absuelto el demandado recurrió en casación ante la Corte, donde sobre el punto se sentó la siguiente doctrina:

"....La ley colombiana concede la acción de reparación patrimonial del daño causado por una investigación a que dé lugar o que se siga por virtud de acusación particular, en desarrollo de las normas generales dadas por los artículos 2341 y 2356 del C. C., cuando el resultado del juicio criminal en que interviene el acusador fue adverso a éste y favorable al acusado, pero subordinándola a la condición de que la acusación resulte falsa y temeraria, e juicio del juez del crimen, quien recibe de la ley normas para pronunciarse civilmente y ordenar la reparación del daño, lo cual permite que la cuantía del daño pueda ser fijada en juicio distinto ante los jueces de lo civil en los casos en que el juez de lo criminal vea que es el caso de aplicar los artículos 480 y 555 del

Págs.

actual Código de Procedimiento Criminal. Si con independencia de los casos ya anulados el acusado que ha sido absuelto considera que el acusador particular lo ha calumniado, y de la calumnia hace derivar la acción civil de reparación de daños, es necesario que obtenga previamente que al acusador se le condene por calumnia para la viabilidad posterior de su acción civil. En ese caso sería consultable el artículo 759 del Código Penal, en donde se contempla aun la simple ligereza de parte del acusador". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 20 de 1935)..... 333, 1ª

ACCION DE REFORMA DEL TESTAMENTO

- 7 -

La demandada en juicio sobre reforma de un testamento pretendía desconocerle al cesionario de todos los derechos herenciales de un legitimario el derecho para intentar la acción de reforma del testamento por haberse liquidado ya la sucesión de la testadora, y sostenía en casación que el sentenciador había violado el artículo 1274 del Código Civil.

"En cuanto al cargo de violación del artículo 1274 del C. C., por el motivo expresado, no es posible considerarlo en casación, porque constituye un medio nuevo, en el cual no sólo no repararon las partes, durante las instancias, sino que, antes bien, para sus alegaciones partieron ambas del supuesto de que la escritura número 381 se otorgó con el fin de investir al cesionario Rojas del derecho de ejercitar la acción de reforma, como dueño de los derechos herenciales del heredero Gustavo. No obstante, la Corte considera que al tenor de la escritura número 381, Rojas compró al heredero Gaitán Rodríguez TODOS sus derechos y ACCIONES en la sucesión, generalidad que comprende la acción de reforma del testamento propia de un legitimario y de las personas a quienes éste transmita 'sus derechos', según el artículo 1274 del C. C., sin que para ejercitarla luego como cesionario, sea óbice el haberse ya liquidado la sucesión, porque la partición puede también reformarse como consecuencia de la reforma del testamento, si éste era pertinente de conformidad con las reglas del Capítulo 2º del Título 6º del Libro 3º del Código Civil. Al legitimario no podría desconocérsele el ejercicio de la acción de reforma, mientras no haya prescrito según el mismo artículo 1274, por el solo hecho de haberse consumado ya una liquidación conforme al testamento de cuya reforma se trata". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, enero 30 de 1936) 538, 2ª

ACCION REIVINDICATORIA

- 8 -

La acción reivindicatoria no puede tener cabida cuando el que reivindica es al propio tiempo poseedor y tenedor de la cosa, pues es absurdo que se pida la restitución de aquello que se está poseyendo. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 18 de 1936) 818, 2ª

ACLARACION DE LA SENTENCIA

- 9 -

"El artículo 482 del C. J., que concede a las partes el recurso de pedir la aclaración de los conceptos o frases que ofrezcan un verdadero motivo de duda, entiende que ese recurso no debe confundirse con el de reposición, que por su índole tiende a obtener la revocación o reforma de una providencia. La aclaración no puede ir más allá del contenido de lo resuelto, sobre lo cual no puede volver el mismo Tribunal, so pretexto de una aclaración. Y el VERDADERO MOTIVO DE DUDA que exige el artículo 482 para que proceda la aclaración, debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que deba darse a la resolutiva. De no ser así, el recurso de aclaración se confundiría con el de reposición". (Auto, Sala de Casación en lo Civil, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 25 de 1936). (1). 740, 2º

(1) Concordancias: No. 83, tomo 2o. Jurisprudencia de la Corte, 88, tomo 2o.

Págs.

ACTOS Y DECLARACIONES DE VOLUNTAD

- 10 -

En juicio ordinario sobre pago de una suma de dinero promovido por Luciano Herrera contra Delfín Martínez y en el cual sentó la Corte la doctrina de que puede repetirse lo pagado cuando ha existido falsa causa por error sobre un punto de derecho, doctrina que se extractó en el punto titulado Repetición por pago efectuado en virtud de un error de derecho, dijo lo siguiente sobre actos y declaraciones de voluntad:

"Justa causa y real, objeto lícito, capacidad legal, consentimiento sin vicio. Estos son los cuatro requisitos que deben concurrir para que una persona se obligue a otra en contrato unilateral o para que varias personas se obliguen recíprocamente en contrato plurilateral. No puede faltar ni uno solo de esos cuatro requisitos. La causa sin el objeto no alcanzaría a móvil contractual. El objeto sin la causa sería una cosa mueble o inmueble, corporal o incorporal, pero sin actividad jurídica mientras alguien no tratara de darla, de hacerla o de no hacerla. La causa no saldría del fuero interno y permanecería el objeto en su ser real o como mero derecho, si un individuo legalmente capaz no los movilizara en acto. Y la capacidad legal no pasaría de simple actitud, aunque hubiera motivos y cosas, si no mediara el consentimiento libre y limpio de error, fuerza y dolo. Es contrario a la razón pensar que el consentimiento aislado —sin error, fuerza o dolo que lo vicien— baste para que una persona se obligue a otra por un acto de voluntad, como sería también absurdo imaginar que puedan surgir convenciones con la capacidad sola, con la causa sola, o con el objeto solo. Repítese que los cuatro requisitos han de hacerse compañía. De ahí que el artículo 1509 del Código Civil, según el cual no vicia el consentimiento un error de derecho, sea prescripción cuyo alcance no llega hasta considerar válido lo que carece de cualquiera de los otros tres requisitos indispensables para que surja el contrato. Si éste no existe por falta de causa o de objeto, o si es nulo por falta de capacidad, no vivirá ni convalecerá porque haya consentimiento pleno o porque el error sobre un punto de derecho no haya viciado el consentimiento. Si el error sobre un punto de derecho, por no viciar el consentimiento, diera eficacia a los contratos, bastaría ignorar la ley, o interpretarla erróneamente, para sanear actos de incapaces y para reconocer validez a contratos sin objeto lícito, sin causa, con falsa causa o con causa inmoral. La severa fórmula del jurisconsulto Labeón, JURIS IGNORANTIA NON PRODEST, si se la entiende en el sentido de que no mira a la concurrencia de los otros tres requisitos necesarios para que haya concurso real de voluntades, es fórmula no recibida en nuestro código. Consagró éste el principio contrario, más de acuerdo con la justicia". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, septiembre 29 de 1935) ..... 133, 2°

ACTOS JURIDICOS DE LOS DEMENTES

- 11 -

Cierto individuo que sufría accesos profundos de melancolía y de crisis nerviosas que se manifestaban de diversas maneras, ya llorando, ya agitándose intensamente, ya dándose golpes, o enojándose, o tirándose el pelo, o apretándose el pelo o amenazando a su esposa e hijos o diciendo que ellos iban a morir en la ruina, le vendió a otro una finca raíz unos tres meses antes de ser recluído en un manicomio. Seis meses después de la venta murió y, sin que antes hubiese sido puesto en interdicción por causa de demencia, su esposa, en nombre de la sociedad conyugal ilíquida por la muerte del vendedor, demandó al comprador para que se declarase nulo el contrato. Como perdiese el pleito recurrió en casación por supuesta violación de

Págs.

varias disposiciones legales sustantivas. Dijo la Corte:

"La Corte considera: 1) Cuando una persona no está ni ha estado en interdicción por causa de demencia, no pueden ser declarados nulos los contratos por ella celebrados, mediante la simple prueba de que tal persona ha adolecido de una sicosis, es necesario que se aduzca una doble prueba, a saber: a) Que ha habido una 'perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad', según la terminología muy técnica del Código Alemán, o que excluye la 'capacidad de obrar razonablemente', como dice el Código Suizo; b) Que esa perturbación patológica de la actividad psíquica fue concomitante a la celebración del contrato. 2) Por lo que atañe a la primera de las pruebas indicadas, debe observarse que es necesaria porque no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Lo que interesa desde el punto de vista jurídico, no es saber si el contratante adolecía de una enfermedad mental cualquiera, sino averiguar si el desarreglo de sus facultades psíquicas, por su gravedad, impidió que hubiera un consentimiento susceptible de ser tomado en cuenta como factor determinante del respectivo acto jurídico. 3) Respecto de la segunda de las aludidas pruebas conviene anotar que si bien es cierto que puede admitirse, como la admiten algunos de los grandes tratadistas franceses contemporáneos, que la prueba en cuestión p u e d e consistir en una PRESUNCION resultante de que el enajenado estuvo en estado más o menos constante de demencia, tanto en el período anterior como en el período posterior al respectivo acto jurídico, no es menos cierto que de todos modos se necesita probar —así sea por medio de una presunción como esa— la demencia en el momento mismo de la celebración del contrato. 4) Es muy ilustrativa al respecto la doctrina francesa, que distingue los actos de los dementes que nunca han estado en interdicción, de los actos anteriores al decreto de interdicción cuando éste ha llegado a pronunciarse después, así como de los actos de los dementes que, no estando en interdicción, han sido asilados en un sanatorio. Respecto de los primeros —que son los que interesan en el presente caso— dicen Planiol et Ripert: 'La demencia no es siempre continua y completa; está a menudo interrumpida por intervalos lúcidos. ¿Cómo probar que en el momento preciso en que ha sido ejecutado el acto que se ataca, el enajenado estaba privado de la razón? Esta prueba es con frecuencia difícil, aunque se pueda hacer por todos los medios puesto que se trata de un simple hecho. Partiendo de esta base, la jurisprudencia se contenta casi siempre con una presunción resultante de que el enajenado estuviese en estado más o menos constante de demencia tanto en el período anterior como en el período posterior al acto atacado. Los Tribunales llegan así a la CUASI CERTIDUMBRE de la demencia en el momento del acto, a menos que quienes sostienen la validez del acto establezcan ciertas circunstancias que hagan ver un intervalo lúcido en ese momento. Este procedimiento no es sino la aplicación del derecho común que le permite al juez, cuando la prueba testimonial es posible, decidirse por simples indicios. Siendo tal la apreciación del puro hecho, no cae bajo la censura de la Corte de Casación. Es por lo demás una presunción análoga la que permite la anulación de los actos del demente aislado. Esta es todavía más fuerte en cuanto el encierro hace presumir la nulidad del acto del loco, sin que el demandante tenga que demostrar la existencia de la locura en el período anterior y en el período posterior'. (T. I. Nº 725). El Tribunal estimó que el actor no había probado ninguna de las dos circunstancias antes aludidas, es decir, llegó a la conclusión de que las pruebas presentadas no demostraban que el señor Vélez Vitta al celebrar el contrato sufriera una perturbación patológica de su actividad psíquica que lo privara de la capacidad de obrar razonablemente". (Casación,

Págs.

XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 4 de 1936) ..... 799, 1º y 2º

ACUMULACION DE ACCIONES

- 12 -

"Según el Código Judicial, es procedente una pluralidad de procesos dentro de una unidad de procedimiento. Requisito esencial y común a todas las figuras de la acumulación, es el de que la substanciación de las acciones sea susceptible de hacerse bajo una misma cuerda, por seguirse el mismo procedimiento judicial, y que los juicios se hallen en una misma instancia, salvo lo previsto en el artículo 400 de la obra citada. La institución de la pluralidad de procesos, o sea de acciones, dentro de una unidad de procedimiento, esto es, de juicio, se configura de ocho maneras distintas, las cuales se dividen en dos grandes grupos: la acumulación objetiva y la acumulación subjetiva. Existe acumulación objetiva: a) Cuando en una misma demanda se ejercitan varias acciones, al tenor del artículo 209 del Código Judicial; b) Cuando se acumulan los autos, de acuerdo con lo prevenido en el ordinal 1º del artículo 397, ibídem; c) En la reconvención, o sea cuando el demandado opone al demandante una acción contraria, en cabeza de aquél contra éste; por cuyo motivo la reconvención cabe en todos los juicios en donde haya traslado de la demanda, siempre que esa acción contraria tenga la condición ya dicha de poderse substanciar como principal. La acumulación subjetiva tiene lugar: d) En el litisconsorcio; e) En la intervención principal, esto es, cuando el tercero incoa una acción contra las dos partes principales, o sea actor y demandado primitivos. Por ejemplo, en las ocurrencias de los artículos 1021, 1062 y 1183, inciso final, del Código Judicial; f) En la intervención adhesiva, o sea cuando se presenta a intervenir en el juicio un tercero a quien pueda aprovechar o perjudicar la sentencia, bien coadyuvando o bien defendiendo la causa que le interesa. (Artículo 233, ibídem); g) En la litisdenunciación, que es cuando se denuncia el pleito que se promueva o se le promueva. (Artículos 235, ss., ibídem); h) En la acumulación de autos, según el ordinal 2º del artículo 397 del mismo Código. Sentados estos principios y para la inteligencia de los que después expone la Corte, conviene saber que varias personas demandaron a C. y R. Echeverría, Mora Hermanos, Efraín H. Juliao, Jorge Yidi, Ello Pacheco y Silvia Vásquez, para que como consecuencia de los hechos que expusieron en dos libelos de demanda, se declarase: a) Que ellos, como sucesores de Henry S. Price y Vitalia Lemus de Price, y no los demandados, son dueños de los solares que reclaman en juicio de reivindicación, 'en virtud de títulos traslaticios de dominio y aun por prescripción'; b) Que los demandados están obligados a entregar los lotes que ocupan, junto con el valor de los frutos naturales y civiles que los solares 'han debido producir administrados con mediana inteligencia desde la fecha en que intenté la demanda de perturbación ante la alcaldía municipal, hasta el día en que se verifique la entrega'; c) Que 'carece de valor y no produce efecto legal alguno respecto de los demandantes la referida diligencia de remate, lo mismo que cualesquiera títulos provenientes de ese acto. El Tribunal se negó a decretar la reivindicación porque estimó que los lotes reivindicados no formaban un solo cuerpo y porque creyó que siendo varios los demandados, poseedores de diversos lotes, no procedía contra todos la acción en una sola demanda". Continúa la Corte, ya en los razonamientos de instancia, por haber de casar la sentencia recurrida por los actores: "Para los efectos de esta sentencia, se tienen en cuenta lo siguiente: La acumulación objetiva de la letra a) — simple acumulación de acciones — puede revestir cuatro formas diferentes: 1ª Concurrente. El actor suplica, pura y simplemente, la estimación de dos o más acciones. Por ejemplo, el acreedor demanda a su deudor para el pago de dos obligaciones de dinero provenientes de sendos instrumentos negociables; 2ª Alternativa. Se ejercitan varias acciones con el fin de que sólo una de ellas sea estimada. V. gr., el demandante intenta

Págs.

a la vez la impugnación de un acto jurídico por dolo (nulidad relativa), y por absoluta incapacidad de la persona que ejecutó el acto (nulidad absoluta); 3ª Sucesiva. La vida de una de las acciones ejercitadas está sujeta a la condición de que proceda la otra. Por ejemplo, se ejercitan al mismo tiempo las acciones de rescisión de un contrato de compraventa y la de reivindicación de esa cosa; 4ª Eventual o subordinada. Una de las acciones es propuesta solamente para el caso de que la otra sea desestimada. V. gr., el actor pide la resolución de un contrato, y en subsidio, suplica la condena del demandado al pago de su prestación contractual. Son tres las formas de la acumulación subjetiva de la letra d): 1ª Litisconsorcio activo. Cuando es la parte actora la que se compone de dos o más personas; 2ª Litisconsorcio pasivo. Si sólo la parte demandada se integra con dos o más personas; 3ª Litisconsorcio mixto. Cuando ambas partes están constituídas por una pluralidad de personas. Las acumulaciones objetiva y subjetiva pueden y suelen presentarse combinadas. Y tal es el caso de este pleito. Semejante combinación no es procedente sin la presencia de una conexión jurídica entre los varios sujetos. A esta conexión la denomina nuestra ley procesal continencia de la causa, la cual está integrada por tres elementos: a) Personas; b) Título o causa de pedir o jurídica; c) Cosa, objeto o causa de hecho. Doctrinariamente las causas conexas se dividen en dos géneros, cada uno de los cuales se subdivide en tres especies. (Artículo 398 del Código Judicial). Pertenecen al primer género las causas que tienen dos elementos comunes y uno diverso. Las especies de éste son: 1ª Identidad de personas y de causa jurídica, diversidad de cosa o de causa de hecho; 2ª Identidad de personas y de causa de hecho o cosa, diversidad de causa jurídica o título; 3ª Diversidad de personas, identidad de fundamento real y jurídico. El segundo género lo componen las causas que tienen dos elementos diversos y un elemento común. Sus especies son: 1ª Diversidad de causas de hecho y jurídica, identidad de personas; 2ª Identidad de causa jurídica, diversidad de personas y de cosa; 3ª Identidad de causa de hecho, diversidad de títulos y de personas." (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 30 de 1936). ..... 752, 2ª, 753, 1ª y 2ª

Págs.

ACUMULACION DE AUTOS

- 13 -

Había decretado el Tribunal de Bogotá la acumulación de un juicio ejecutivo seguido con jurisdicción coactiva al de igual naturaleza seguido por un particular contra el mismo ejecutado, y había ordenado que el primero siguiera como tercería y el último como principal. Confirmó el auto la Corte y dijo:

"Los Tribunales Superiores son competentes para conocer del incidente de excepciones y de tercerías en los juicios ejecutivos que adelantan los Jueces de Ejecuciones Fiscales de los Departamentos, investidos de jurisdicción coactiva, conforme al numeral 3º del artículo 76 del C. J. Es verdad que esta disposición no habla de acumulaciones; pero en los términos en que está concebido el artículo 1071 del C. J., la acumulación de un nuevo juicio equivale al auto de admisión de una tercería. Esta ha sido la doctrina de la Corte y la que se ha seguido en los Tribunales, sin que la Sala halle motivos para variarla". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1907 y 1908, marzo 12 de 1936). (1). 486, 2ª

AGUAS

- 14 -

La señora Mercedes Saldarriaga v. de Botero, dueña de un pequeñísimo predio riberano del riachuelo llamado "La Ayurá", comprado por

(1) Concordancia: cita la Corte la doctrina expuesta en el número 119 del tomo 3o. de la «Jurisprudencia de la Corte.»

ella con el objeto de mantener en su poder la toma o bocacaz que capta las aguas de ese río para conducirlas a otro predio no ribereño, de propiedad también de la señora Saldarriaga y situado más abajo, demandó a la Sociedad denominada Fábrica de Hilados y Tejidos de Rosellón, dueña de un predio ribereño de "La Ayurá" y situado más arriba de los de la actora, para que con audiencia de la demandada se declarase que la actora tenía derecho de dominio sobre parte de las aguas de ese río, sobre el uso de esas aguas, y que la demandada estaba obligada a devolver el sobrante al cauce del río. Hizo la actora esas peticiones porque su predio no ribereño casi no tenía aguas para regarlo. Negó el Tribunal de Medellín la acción propuesta porque estimó que el título sobre derecho al uso de las aguas competía a una comunidad, que la actora no había señalado la cuota precisa de su derecho, que debió pedir para la comunidad formada por la venta de varios derechos de agua que había hecho la actora, que el derecho al uso de las aguas le correspondía a la comunidad y que, no habiendo pedido para ésta sino para sí, se hallaba probada la excepción perentoria de petición de modo indebido. Recurrió la actora en casación acusando el fallo por varios aspectos, especialmente por violación directa del artículo 892 del Código Civil. El opositor sostuvo que como la señora demandante no es ribereña del riachuelo, no tenía la acción que reconoce el citado artículo. El predio no ribereño de la actora, para el cual reclamó, se llama "Andalucía", y más arriba de éste se halla situado otro del Municipio de Envigado, que también fue demandado. Dijo la Corte:

"ESTUDIO DE LOS CARGOS.—Capítulo 1º—PETICION DE DOMINIO.—Es verdad, como lo afirma el recurrente, que el sentenciador estimó que el uso y goce de las aguas del acueducto artificial que va desde el predio ribereño de la señora Saldarriaga de Botero a su otro predio no ribereño llamado 'Andalucía', corresponde a una comunidad formada por ella y por las personas a quienes ha enajenado parte de las aguas del acueducto, y de ahí su conclusión de que la señora Saldarriaga de Botero ha pedido indebidamente para sí y no para la comunidad. Pero también es verdad que la estimación de que el uso y goce de las aguas del acueducto compete a una comunidad, no fue el único fundamento de la negativa del Tribunal a despachar favorablemente la petición de dominio sobre una parte de aguas del caudal de La Ayurá, porque, además, estimó que la primera petición envolvía una verdadera acción de dominio, y que... 'no habiéndose determinado la porción que trata de reivindicarse, la demanda es necesariamente ineficaz, por falta de singularización de la cosa, singularización que la misma ley exige para el buen éxito de la acción reivindicatoria, según se deduce del artículo 946 del C. C.' El Tribunal tuvo como determinante esta consideración, más aún que la de existir una comunidad, porque luégo, al resumir su propio fallo, ya no insiste en la comunidad respecto de las aguas del acueducto, sino únicamente en que se demandó una porción indeterminada de las aguas y no cosa singular, y al fallar, en la parte resolutiva, declara probada la excepción de INEPTA DEMANDA y no la de FALTA DE PERSONERIA SUSTANTIVA, por lo cual no se produjo la cosa juzgada relativa a la comunidad que anota el recurrente. En otras palabras, el Tribunal en realidad vino a estimar que aun en el caso de que la acción se hubiera ejercitado en la forma debida en que él juzga que debió ejercitarse, no prosperaría por defecto, no ya de personería sustantiva, sino de determinación en la cosa singular que se reivindica, y de ahí que estime inepta la demanda. Ahora bien, como el recurrente desiste de atacar en casación la conclusión misma, y se conforma con la absolución de los demandados en esa parte, siempre y cuando que a esa solución se le dé como fundamento la razón que él le encuentra —indeterminación de la especie, cuerpo cierto, o cuota determinada de una cosa común— y, como se ha visto, esa fue precisamente la razón determinante del Tribunal, nada más puede hacer la Corte, ni siquiera dentro del campo pura-

mente expositivo, porque ni el recurrente precisa la infracción de algún precepto legal que le permitiera a la Corte analizarlo en relación con el pleito en cuanto incidiera en la parte resolutiva, ni con ello se variaría la determinación o conclusión del Tribunal con la cual se ha conformado el recurrente. Que la acción ejercitada sea la de reivindicación (tomando en conjunto la petición primera sobre dominio y la tercera sobre devolución del sobrante), y que en el supuesto de que lo sea no pueda prosperar porque falta determinar la cosa singular, son cuestiones que la Corte ni afirma ni niega, por no estar SUB JUDICE, dado el acuerdo que al respecto existe entre el fallo y el recurrente y la conformidad de éste con la decisión de aquél. Capítulo 2º — PETICIONES RELATIVAS AL USO COMO RIBERANO Y A LA DEVOLUCION DEL SOBRANTE.—No siendo puntos discutidos en autos, sino plenamente probados, y aceptados además por los demandados, que uno de los predios de la señora demandante es riberano de las aguas de La Ayurá, que él está situado abajo del predio que usa de dichas aguas sin devolver el sobrante al cauce común, y que ellas son de las de propiedad nacional y de uso público, y consistiendo las peticiones segunda y tercera de la demanda en que se reconozca el derecho a ese uso a favor del predio riberano y se obligue al dueño del predio superior a devolver el sobrante al lecho natural de la corriente, parece evidente que el caso llena las condiciones generales del artículo 892 del Código Civil para el reconocimiento de uno y otro derecho. Empero, como para el Tribunal sentenciador no llegó el caso de aplicar esta doctrina, porque consideró que el derecho al uso, si es que existe demostrado en el pleito, le corresponde a una comunidad, para quien no ha pedido la demandante, negó esa petición y consiguientemente la tercera, relativa a la obligación del predio superior de devolver el sobrante de las aguas de que se sirve, estimando cumplida la excepción de petición de un modo indebido. Hay en esa apreciación del Tribunal un error evidente de derecho, porque los artículos 677, 892 y 893 del C. C., que son los pertinentes, en ninguna parte hablan de uso COMUN, ni crean la figura jurídica de COMUNIDAD, ni aparece de autos creada por contrato entre las partes; el primero de ellos preceptúa que las aguas en cuestión son de USO PUBLICO, atributo que en doctrina tiene un valor jurídico distinto del cuasicontrato de comunidad. Es el artículo 894 el que atribuye el USO COMUN de las aguas que corren por entre dos heredades a los ribereños fronterizos, pero además de que la comunidad en dicho uso se entabla para el único efecto de que alguno de ellos no extralimite su derecho frente al del vecino, de manera que ello excluye la representación común; tampoco se trata aquí de litigios por el uso a que dicho artículo se refiere. Y volviendo al régimen establecido por el legislador en los artículos 677, 892 y 893 del C. C. (del cual, sobra advertirlo, es parte integrante el 894), el resultado DE HECHO de que los propietarios ribereños, y, en ciertas circunstancias excepcionales tengan un derecho que les es común a servirse de las aguas nacionales que atraviesen o delimiten sus fundos, con restricciones también comunes a todos (v. gr., la de devolver el sobrante), significa que cada uno de ellos está investido naturalmente del poder necesario para intentar las acciones conducentes a obtener el fin que la misma ley persigue, o sea el reconocimiento efectivo del interés que cada uno tiene en servirse de las aguas convenientemente, dentro de los límites de la ley, sin que para ese sea necesario invocar otro título que su interés particular, aunque éste sea común a otros, porque precisamente el de cada uno está limitado en función del de los demás. Si ese derecho es común, el interés está en que a cada uno no se le menoscabe el que le pertenece. Es, pues, cierto que el Tribunal erró en considerar que la acción de la actora compete a una comunidad. Y DE HECHO también erró, porque extendió su apreciación de que existía una comunidad en las aguas que llevan su acueducto desde el predio riberano al no riberano de Andalucía, a las aguas mismas de

La Ayurá, interpretando mal la demanda al no fijarse en que las peticiones subsidiarias, marcadas 2 y 3, invocan un derecho emanado de la riberanía del predio inferior (el uso del artículo 892) y una obligación para el predio superior demandado de volver las aguas sobrantes al cauce acostumbrado a la salida de ese predio para que los inferiores se aprovechen de ellas. El Tribunal, obsesionado en la comunidad que cree ver, en las aguas que lleva el acueducto artificial al fundo no ribereño, y que deduce principalmente del hecho de haber vendido la demandante plumas de agua a terceros, hecho que, de ser cierto, se referiría a la primera petición (la de dominio), pero no a las de uso del ribereño y consiguiente devolución del sobrante, decidió de éstas sobre la base de que también había comunidad en los derechos del ribereño al uso de las aguas de la corriente misma. Las acciones invocadas son claras en sí, y distintas una de otra. En efecto, la primera envuelve una petición de dominio basada en derechos adquiridos durante legislaciones anteriores; la segunda y tercera, en el derecho de riberanía conforme al C. C. vigente. El Tribunal no hizo esta distinción, y el recurrente sí la hace fundadamente en el recurso. El apoderado ante la Corte de la Compañía de Tejidos Rosellón se opone a la casación, entre otros motivos, porque considera que la doctrina general del artículo 892 comporta una limitación del derecho del ribereño inferior a pedirle al superior la devolución del sobrante de aguas, limitación consistente en que, para exigirla, debe comprobar la necesidad que tiene al sobrante no devuelto. Se considera: Que la obligación del predio superior a devolver al cauce acostumbrado el sobrante de las aguas a la salida del predio esté subordinada a la demostración, por parte del predio inferior, de que éste la necesita, es condición que la ley no establece. Tampoco puede establecerse ese requisito condicional por vía de doctrina: porque, si la obligación del predio superior consiste EN DEVOLVER EL SOBRANTE (es decir, lo que quede después de un uso conveniente, que excluye el abuso, el cual envuelve a su vez una cuestión de hecho, que el juez debe examinar en cada caso), el predio superior carece DE INTERES en negarse a la devolución exigida por el inferior; porque el predio superior satisface su derecho de ribereño con el uso conveniente y adecuado de las aguas, y, cumplida esa satisfacción, la devolución del sobrante ya no es un derecho sino una OBLIGACION, que existe con independencia del mismo derecho a servirse después de esas AGUAS que tienen los ribereños inferiores; porque siendo la devolución del sobrante una obligación, no se ve cómo pueda el obligado a ella alegarla como excepción para excusarse de cumplirla, careciendo del interés económico inherente a toda defensa; porque solamente en el caso de discutirse entre dos predios, ambos con derecho al uso, el QUANTUM de aguas de que el superior se sirve, imputándosele desperdicio o abuso, habría un interés económico, industrial o agrícola, en excepcionar el superior de NECESIDAD de las aguas para los fines del artículo 892, mayor que la necesidad invocada por el inferior, caso en el cual no se está en el presente litigio; y porque, finalmente, el derecho al uso de las aguas interesa no solamente al predio inferior sino a todos los demás ribereños, que tienen derecho a que se conserve el mayor caudal de aguas que sea posible, después de que vayan ellas sirviendo a las necesidades de todos los que tengan derecho al agua, interés que subsiste, pues, siempre presente, sin sujeción al provecho inmediato que reporten. Cuando el opositor afirma que el dueño del predio inferior no puede obligar al del predio superior a que devuelva el sobrante sino en el caso de que demuestre, entre otras condiciones, que aquél necesita dicho sobrante, le está dando a la teoría del abuso del derecho una aplicación inaceptable, pues ni los tratadistas que en esa materia se presentan como más avanzados llegan a exigirle al titular del derecho, COMO REQUISITO PREVIO PARA EL EJERCICIO DE ESTE, LA COMPROBACION DEL INTERES SERIO Y LEGITIMO en dicho ejercicio. Los que, contentándose con la

Págs.

concepción clásica o intencional del abuso del derecho, llegan a proclamar, de acuerdo con la idea contenida en el capítulo primero del código soviético, que no puede protegerse el ejercicio de un derecho cuando tal ejercicio es contrario a la destinación económica y social de aquél, no van, como va el opositor, hasta pedir que sea el titular del derecho el que deba demostrar previamente la conformidad de su acto con el espíritu del derecho. La importante anterior sugestión del opositor, ya había sido planteada ante la Corte de Casación en 1927. Sostuvo entonces un recurrente que para exigir la devolución del sobrante no basta ser ribereño inferior, sino, además, que es preciso que la devolución le imposibilite o dificulte siquiera aquellas finalidades para las cuales él tiene derecho a usar el agua de la respectiva corriente natural, porque con sólo ser ribereño no comprueba que recibe perjuicios, ni que, de consiguiente, tiene interés. Entonces la Corte contestó que a los dueños de las fincas ribereñas de aguas que corren por cauces naturales les corresponde el uso de esas aguas dentro de las normas fijadas por la ley, y siendo común ese derecho, tienen interés en que no se menoscabe el que les pertenece. Como consecuencia, están investidos naturalmente del poder necesario para intentar las acciones conducentes a obtener el fin que la misma ley persigue, sin que para eso sea preciso que el demandante demuestre el perjuicio que recibe por el uso indebido de las aguas. Desde que ninguna disposición ordena que para que prospere la demanda es necesario que se acredite el interés directo que tenga el querellante en el uso de las aguas, es fuerza concluír que le basta demostrar su calidad de propietario ribereño para que quede investido de la personería suficiente, aunque no emplee el agua en beneficio de su finca (sentencia de 18 de julio de 1927, G. J. Nos. 1775 y 1776). Consecuente el opositor con su referido punto de vista, que no admite la Corte, observa que CON LA PARTE DEL SOBRANTE que devuelve Rosellón (o sea la parte que no toma el Municipio de Envigado), satisface el demandante algo más que sus necesidades de ribereño, puesto que además le sobra para encauzar las aguas por la acequia y llevarlas a su otro predio no ribereño, llamado de Andalucía. Observa la Corte que en autos no está demostrada la cantidad de aguas que necesite el predio ribereño, y que, además, como ya lo dijo, no es admisible esa defensa del demandado para oponerla a su obligación de volver al cauce el sobrante, y en cuanto a que del predio ribereño de la demandante se capten y reexpidan aguas por la acequia de Andalucía, ese hecho, por las mismas razones ya aducidas, no le sirve de excepción al demandado, como dueño del predio superior obligado a devolver el sobrante. Este hecho le importa es a los predios inferiores del de la señora Saldarriaga de Botero, para el efecto de discutir con ella si la no ribereñía de Andalucía es circunstancia que le priva del uso, sobre si vuelve o no el sobrante después de usar de las aguas en Andalucía, sobre si ella se encuentra en las condiciones del artículo 1031 del C. C., en una palabra, sobre el derecho de la citada señora en relación con los f u n d o s inferiores. Reconociendo, pues, como reconoce la Corte, que es incuestionable el derecho que alega la señora demandante, como propietaria del predio ribereño de La Ayurá, al uso conveniente de las aguas dentro de los límites y fines del artículo 892 del C. C., y que el predio superior, también ribereño, de Rosellón, devuelve al cauce de dicha corriente el sobrante de las aguas, procede la casación del fallo, por violación del mencionado artículo puesto que debiendo haberse aplicado no se aplicó al caso del pleito. La casación es parcial, en cuanto a las peticiones subsidiarias, porque la primera petición, referente al dominio de parte de las aguas, negada por el Tribunal, no ha sido atacada en casación". (Casación, XLIII, Nº 1904, marzo 25 de 1936) ..... 29, 1ª y 2ª,
30, 1ª y 2ª,
31, 1ª y 2ª,
32, 1ª

Págs.

ALBACEA

- 15 -

Habiéndose adjudicado en una participación de bienes de una sucesión a los albaceas ciertos bienes para que cubrieran las deudas de la sucesión e hicieran los gastos que faltaban, la cónyuge sobreviviente les demandó para que se declarase la nulidad absoluta por objeto ilícito o causa ilícita de tal adjudicación, y para la consiguiente restitución de esos bienes a favor de la sucesión. Como no prosperase el pleito, recurrió en demanda de casación la actora acusando el fallo del Tribunal por violación de los artículos 501 y 1351 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Al relacionar el artículo 1351 del C. C. con el 1856 de la misma obra, según el cual los mandatarios, síndicos de concurso, y ALBACEAS están sujetos, en cuanto a la compra o venta de las cosas que hayan de pasar por sus manos en virtud de estos encargos, a lo dispuesto por el artículo 2170, se ve claramente que el primero de los textos nombrados, al extender a los albaceas lo dispuesto en el artículo 501, no sancionó con nulidad absoluta, en los términos del inciso final de este precepto, todas las compras que hicieran los albaceas de bienes de la respectiva sucesión, sino tan sólo aquellas que se realicen cuando entre los herederos haya personas bajo guarda o patria potestad, pues las demás se rigen, como lo dispone terminantemente el expresado artículo 1856, por lo preceptuado en el 2170, que establece una simple nulidad relativa para las compras que el mandatario haga, sin expresa aprobación del mandante, de las cosas que éste le ha ordenado vender. El artículo 1351 simplemente significa que si hay entre los herederos de la sucesión personas que estén bajo tutela o curatela, no podrá el albacea, como no lo pueden los tutores o curadores respectivos, comprar bienes de la sucesión, ni siquiera con permiso del juez. Pero cuando entre los herederos no haya personas que estén bajo tutela o curatela o bajo patria potestad, sólo tiene aplicación, para las compras que hagan los albaceas, el ya citado artículo 2170, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1856, que de otro modo carecería de sentido". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, octubre 30 de 1935) 506, 2ª

ALCANCES

- 16 -

Se libró mandamiento ejecutivo por alcances deducidos por la Contraloría en virtud de unas sumas de dinero pagadas por orden de un Ministerio.

"El gasto fue hecho por el Administrador de la Aduana por orden del Ministerio y se libró con él a la Nación de una obligación en su contra. No sería justo dejar esa suma a cargo del empleado que hizo el pago, porque él se limitó a cumplir una orden superior. Si al verificar el pago se hizo una imputación equivocada en las correspondientes partidas presupuestales, o si se dejaron de cumplir determinadas formalidades de contabilidad, el empleado respectivo podría haberse hecho acreedor a una multa como sanción, pero ésta no puede consistir en la obligación de pagar a la Nación la suma entregada precisamente para librar al Tesoro de una obligación por razón de servicios públicos. Esta ha sido la doctrina sentada por el H. Consejo de Estado en numerosos fallos, dictados en apelaciones de fenecimientos de la Contraloría, y es la que consulta la equidad y la justicia, porque a un responsable del erario no se le puede condenar a pagar a la Nación las sumas que ha gastado en cumplimiento de obligaciones de aquélla, sólo porque al verificar la erogación se omitieron formalidades de contabilidad". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, noviembre 19 de 1935) 251, 2ª y 252, 1ª

ALUVION

- 17 -

Véase: ACCESION.

AMANUENSE DEL NOTARIO

- 18 -

Como un individuo pasase lo más del tiempo en la Notaría, donde servía de testigo en la mayor parte de los instrumentos allí otorgados, y sacase copias de los mismos y en algunos escribiese los originales, el heredero ab intestato del otorgante de un testamento demandó a los instituídos en él para que se declarase la nulidad de ese testamento porque en concepto del actor aquel copista no era otra cosa que un amanuense del Notario. Como perdiese el pleito recurrió en demanda de casación alegando la violación del artículo 1068 del Código Civil. Dijo la Corte:

"¿Qué debe entenderse por amanuense del Notario ante el citado artículo 1068? En un juicio sobre nulidad de testamento cerrado en que uno de los fundamentos fue el hecho de haber prestado al testador uno de los testigos el favor de escribirlo y había además escrito el acta de presentación, la Corte observó que la ley no se refiere a la persona que haya sido escribiente del testador, sino al amanuense del notario, y agrega, como concepto cuya pertinencia al presente caso ha determinado la pertinencia de la cita, que amanuense del notario llama la ley al 'empleado que tiene permanentemente en su oficina y en tal virtud tiene carácter de dependiente'....." El recurrente encuentra sinonimia entre amanuense, escribiente, copista y copiador. El diccionario de la Academia Española define amanuense como 'persona que escribe al dictado.' Esta definición no puede entenderse en forma tan limitativa que excluya, por ejemplo, el hecho de no dictar sino de valerse de una persona dándole borradores para ponerlos en limpio o entregándole el original para que lo copie. En lo general lo que se practica en nuestras notarías, en donde rara vez se dicta de viva voz, es llevar los otorgantes mismos o sus abogados la minuta que, puesta en la forma legal correspondiente, se incorpora al protocolo. (C. C., artículos 1758, 2578, 2578, 2686). Del propio modo en los testamentos cerrados suele llevarse hasta la cubierta del papel sellado ya lista para recibir el escrito y firmas de ley (artículo 1080, ibídem) y a lo sumo, salvo contados casos, se deja la adecuación o formación de esa cubierta para el acto notarial. No podría decirse de todo esto que en las notarías no haya amanuense o éstos hayan quedado sin funciones. La definición antedicha no sirve, pues, o al menos no basta a la solución del problema. El artículo 975 del Código Civil Francés se vale de la palabra clerc. El correspondiente vocablo inglés clerk es de uso constante en la terminología inglesa, tanto técnica como popular, relativa a oficinas y a empleados privados y públicos. Qué debemos, traduciéndola a nuestro idioma, costumbres y leyes, entender por esa voz clerc? La obra de Planiol y Ripert, Traité practique de Droit Civil Francais (páginas 578 y 579 del Tomo V, 1933), al referirse a esta clase de testigos testamentarios se vale de estas breves y conceptuosas palabras: 'Aquellos que en razón de su subordinación no tienen libertad de hacer observaciones en el momento de la confección del testamento o de deponer sobre ello posteriormente'. Y al discriminar esas inhabilidades y llegar a la final (los clercs del notario que recibe el testamento), dice: 'La única dificultad es la de saber qué debe entenderse por clerc', y agrega en seguida: 'es una cuestión de hecho'. Agrega allí y en esto se halla una sugestión interesante: 'Los sirvientes o domésticos del notario no están asimilados a clercs, solución discutible, porque su situación de dependencia no es dudosa'. Se transcribe este breve comentario por los motivos que se verán adelante, no sin advertir que el personal aludido sí está inhabilitado en la ley colombiana (ordinal 14 del citado artículo 1068). Indudablemente por ser esta cuestión una de hecho, no se halla mayor comentario al respecto en otras obras consultadas, como el Cours de Droit Positif Francais, de L. Josserand, y el Précis de Droit Civil, de Bonnecase, por grave que sea aquélla, como siempre ha sido y seguirá siendo, según estas obras lo advierten. En el Vocabulaire Juridique de Henri Capitant, se halla en

la palabra clerc como etimología ésta: 'Extensión del sentido del propio miembro del clero; después, letrado. opuesto a laico; latín eclesiástico: clericus (sentido de origen hebraico, del griego clericos'. Y como definición ésta: 'Empleado de los estudios de oficinas públicas y ministeriales'. Y agrega: 'Plus particulièrment stagiaire se preparant a l'exercise de fonctions de notaire, avoué, huissier, commissaire, priseur, etc. ....' En la locución 'Compte de clerc a maitre', definida en ese Vocabulario, se encuentra la misma noción de dependencia alusiva al clerc, pues dice que esa cuenta es una forma de contabilidad interna utilizada en el curso de una cuestión o negocio para confrontar las cuentas que han de rendirse, sea por un titular o interino a su sucesor, sea por los inferiores a sus superiores. Desde luego se observa que entre nosotros no existe la que pudiera llamarse la institución del clerc, pues no hay en las oficinas aludidas o, concretándose al caso, en las notarías, ese aspirante a sucesor del Notario que va a practicar y a aprender y a hacerse conocer a su lado disciplinándose en las respectivas faenas. Equivocado, pues, sería aplicar a nuestro derecho, ya práctico, ya teórico, conceptos cuya pertinencia y acierto exigen, en su caso, la identidad o siquiera semejanza de circunstancias y condiciones. Si no tenemos ni por ley ni por costumbre ese oficial de notaría que se ejercita y adiestra para más tarde ser notario, indicado de antemano para ello en una carrera administrativa de que carecemos aún, y que mientras tanto es clerc, mal podemos entender que lo que la ley francesa y sus comentadores disponen y opinan en relación con el clerc haya de servirnos de guía para interpretar nuestra palabra amanuense en relación con nuestro citado artículo 1068. Pero no deja, al propio tiempo, de dar solución sobre el fondo una luz que no debe desaprovecharse, lo que tales comentadores digan acerca de la anulación de testamentos por desoírse la prohibición respectiva. Por ejemplo, ya se vio cómo la declara cuestión de hecho, juzgable, por tanto, a la luz de las peculiaridades de cada caso. El notario entre nosotros, si no oficialmente y por virtud de ley, sí por costumbre, se vale de personas de su confianza que lo ayudan a atender la clientela, liquidar y pasar cuentas, vigilar a los escribientes, etc., y que las más de las veces escriben los originales que van formando el protocolo. En notarías de poco movimiento una sola persona puede bastar a todo ello; en las de abundante trabajo hay o puede haber dos o más personas entre quienes esas labores se distribuyen, a tiempo que varios escribientes simultáneamente van poniendo en limpio tales originales. Y por lo que hace a las copias de estos originales o matrices, casi siempre hay pluralidad de escribientes, todos en acción o en espera o a caza de trabajo. Como es lo natural, unos y otros pasan lo más de su tiempo en el local de la notaría. Y bien que tampoco esto es de ley sí se encuentra en el hecho consuetudinario una marcada diferencia entre aquella persona (a veces más de una sola) de la confianza del notario en cuya oficina permanece obligadamente por estar encargado de velar por ella en la forma y con las tareas aludidas, como verdadero empleado, con sueldo fijo y funciones permanentes, y los meros escribientes que en grupo numeroso o corto esperan un trabajo incierto y ocasional, remunerado caso por caso y las más de las veces foja por foja. Cabe advertir que para las copias notariales de que se está hablando y con más veras para las simples, no es infrecuente que los interesados lleven a la notaría escribiente suyo que las tome. No reconocer la diferencia de que acaba de hablarse o desconocer la costumbre anotada, según la cual se distingue entre los meros copistas y el empleado o empleados referidos, sería grave error ocasionado a desaciertos en el fallo de controversias como la presente, cuya referida calidad de cuestión de hecho es innegable y obliga lógicamente a tomar en consideración las peculiaridades del caso, tanto en lo atañedero a sus propias probanzas, como en lo relativo a lo que sobre el sentido y alcance de las mismas se determine o sugiera la costumbre de la respectiva época y lugar. Por lo visto,

Págs.

no puede admitirse la sinonimia que, como se dijo, afirma el recurrente que hay entre amanuense, escribiente, copista y copiador. Subsiste el interrogante sobre el sentido de aquella palabra (amanuense), ante el artículo 1068 tantas veces citado... El copista que acude a la notaría en busca de trabajo ocasional, casi siempre incierto, pagado por cada caso y tarea, no es persona que pueda entenderse dependiente, subordinado a autoridad de quien así lo ocupa, al menos en la forma y con el alcance de haber de estimarse que la verdad de su testimonio ulterior peligre sobre algo que haya hecho quien así lo ocupa y paga o sobre algo que a éste beneficie. No puede confundirse al simple copista con el empleado del notario ocupado en forma permanente por éste y pagado en forma constante y las más de las veces, por no decir, siempre, a sueldo fijo. Este es a la verdad un dependiente, este sí es la persona cuyo testimonio puede peligrar en su completa veracidad en razón de la influencia posible de autoridad del notario, a que mira el legislador como causa de las referidas inhabilidades. Es el amanuense y es el sirviente o doméstico del notario; pero no es el mero copista el inhabilitado como testigo del testamento". Concluye la Corte declarando que el Tribunal no incurrió en las violaciones de la ley que le atribuyó el recurrente. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 18 de 1936)..... 721, 1ª y 2ª, 722, 1ª y 2ª, y 723, 1ª

APELACIONES DE LOS AUTOS DE PROCEDER

- 19 -

Se alegaba la causal 2ª de casación en un proceso criminal por no haberse proferido por la Sala de Decisión de un Tribunal el auto de proceder, sino por uno solo de los Magistrados.

"Innegable es el fundamento de hecho de esta causal... No se diga que el artículo 35 de la ley 104 de 1922 dejó de regir al expedirse la ley 105 de 1931 sobre organización judicial y procedimiento civil, en cuyos artículos 82 y 84 se determina que los Tribunales conocen en Sala de Decisión de las apelaciones contra las SENTENCIAS de los jueces superiores y de Circuito, y que el Magistrado a quien se reparte un asunto se llama ponente, y a él toca proferir los AUTOS INTERLOCUTORIOS y de sustanciación y presentar el proyecto de sentencia. En primer lugar, la ley de 1931 no provée sobre procedimiento penal, a lo que se agrega que los artículos 82 y 84 de ella son de mera organización judicial, y no constituyen normas ni regulan trámites para lo criminal. En segundo lugar, la ley 105 de 1931 no derogó expresamente el artículo 35 de la 104 de 1922; y como esta ley versa sobre procedimiento penal, si alguna relación fuera necesario establecer entre los dos estatutos, se hallaría en el artículo 204 de la ley de 1931, a cuyo tenor 'las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia'. Desde el punto de vista procesal, el auto que llama a juicio y el de sobreseimiento tienen la misma significación jurídica, ya que mediante uno u otro se decide en el fondo sobre el mérito del sumario; y si de conformidad con el artículo 33 de la ley 104 de 1922, el sobreseimiento definitivo pone término al juicio y pasa en autoridad de cosa juzgada, es decir, equivale a una sentencia, no es posible aceptar que el auto de proceder, tan grave para el sindicado y que cumple igual fenómeno de decisión, represente apenas una providencia de carácter meramente incidental. Ahora bien: si práctica constante de los Tribunales ha sido la de resolver en Sala de Decisión acerca de las consultas de los sobreseimientos definitivos, con igual o mayor razón deben aquéllos fallar también en Sala plural las apelaciones de los autos de proceder". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, octubre 17 de 1936). (1).... 856, 2ª, y 857, 1ª

Págs.

(1) Esta doctrina ha sido sentada en numerosos fallos.

Págs.

APELACION DE SENTENCIA

- 20 -

El Tribunal de Bogotá había condenado a la Nación al pago del valor nominal de unas libranzas. La apelación intentada por el Fiscal fue concedida en el efecto suspensivo, pero el auto que la concedió lo autorizó solamente el magistrado ponente y no todos los magistrados que formaban la Sala:

"La apelación fue concedida en el efectivo suspensivo. Pero el auto, que tiene fecha 9 de agosto de 1934, fue firmado solamente por el magistrado ponente y por el Secretario, y no por todos los magistrados que integran la Sala, como ha debido hacerse, ya que se trata del proveído que otorga un recurso sobre un fallo dictado por toda la Sala y no únicamente por el magistrado sustanciador. La Corte no adquiere jurisdicción para conocer por apelación de una sentencia dictada por un Tribunal de Distrito Judicial, cuando el auto en que se concede la apelación sólo está firmado por un magistrado y el secretario. En tal caso lo procedente es devolver el expediente al Tribunal sentenciador para que conceda el recurso en forma legal. Esta ha sido la doctrina constante de la Corte y se funda en que la Sala respectiva es la única entidad que tiene competencia para decidir si es procedente conceder los recursos interpuestos contra providencias que ella misma ha dictado". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1907 y 1908, marzo 5 de 1936) (1). 469, 2ª

APELACION DE LA SENTENCIA

- 21 -

El magistrado sustanciador había otorgado apelación de la sentencia proferida en juicio sobre indemnización de perjuicios.

"Al estudiar este negocio se observa que la apelación fue concedida en auto de 30 de enero de 1933, el cual fue firmado solamente por el magistrado ponente y por el secretario, y no por todos los magistrados que integran la Sala, como ha debido hacerse, ya que se trata del proveído que otorga un recurso sobre un fallo dictado por todo el Tribunal y no únicamente por el magistrado sustanciador. Por tanto, no tiene jurisdicción la Corte para resolver el desistimiento y debe devolverse el juicio al Tribunal de origen para que resuelva lo que sea procedente en relación con la solicitud de que se ha hecho mérito". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1921, marzo 30 de 1936) 862, 2ª

APRECIACION DE LA PRUEBA INDICIARIA

- 22 -

En multitud de ocasiones ha dicho la Corte, y se confirma en ello, que los Tribunales tienen gran libertad para apreciar el valor de la prueba indirecta en su especie de prueba indicial. (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 26 de 1936) 389, 2ª

APRECIACION DE PRUEBAS

- 23 -

La Corte tiene que respetar la apreciación que el Tribunal haya hecho de las pruebas, porque el recurso de casación no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia debatida en las dos instancias ni a provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios, ni a rectificar el criterio del juez de la causa sobre las cuestiones de hecho. Lo único que a la Corte le incumbe averiguar, al examinar el cargo que se estudia, es si hubo una contravención a la ley resultante de un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 4 de 1936). (1) 799, 2ª

(1) Concordancia: No. 245, tomo 10. Jurisprudencia de la Corte.

(1) Es jurisprudencia constante de la Corte.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS

- 24 -

Angel María Uricoechea demandó a la sociedad comercial denominada Marconi's Wireless Telegraph Company, Ltd., para que se declarase la existencia del contrato de prestación de servicios y que a causa de su terminación unilateral por parte de la compañía demandada, pues lo despidió cuando faltaba un año para cumplirse el plazo de la convención, le debía pagar los sueldos mensuales durante el año que faltaba para el cumplimiento de lo pactado y que, como consecuencia de la violación del contrato se la condenase al pago de perjuicios. Como recurriese la compañía en casación, dijo la Corte:

"Cuando el contrato de arrendamiento de servicios es ajustado por un tiempo determinado, ninguna de las partes puede, sin el consentimiento de la otra, romper la convención y substraerse a sus compromisos.... De acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, la convención sobre arrendamiento de servicios ajustada por dos años entre la 'Marconi's Wireless Telegraph Company, Ltd.' y Uricoechea, es una ley que cumple, respecto de estas dos personas que se sometieron a su imperio, el doble papel represivo y preventivo de toda ley. Impone, por consiguiente, a cada parte, una cierta actividad que garantiza la realización de la prestación prometida, y le prohíbe implícitamente los actos o las omisiones que hagan esta prestación imposible o deficiente. De ahí que la noción de culpa contractual y extracontractual sea idéntica. Y ella, la culpa, consiste en un acto del deudor que se halla en relación causal con la inejecución de la obligación. Incurrir en culpa es faltar a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, y estos deberes comprenden lo mismo el hecho de conducirse con prudencia que el de ejecutar las obligaciones que se contrajeron en el contrato. La obligación de la compañía tenía por objeto un hecho determinado, a causa de lo cual forma parte de las que en doctrina se denominan de 'resultado', porque su contenido está claramente indicado en el contrato mismo. Esa obligación constriñe a la sociedad a proveer al pago de los arrendamientos estipulados, conforme a lo deseado por Uricoechea en la convención. La culpa de la demandada consiste en el hecho de haber despedido a Uricoechea, por cuanto este acto tuvo como efecto directo la inejecución de la obligación contraída por ella. En los casos como el presente, de obligaciones de resultado, para saber si se ha faltado a los deberes de un buen padre de familia o de un hombre prudente, le basta al juez examinar si el deudor no procuró a su acreedor el resultado prometido. Verificar que este resultado no fue obtenido, es establecer al mismo tiempo la culpa contractual. Tal ha acontecido en este pleito. Para que el hecho del despido de su empleado con la consiguiente falta de pago, no constituyera culpa de la Marconi, sería necesario que ésta hubiera probado que ese hecho tuvo como causa un acontecimiento extraño a ella; por ejemplo, el de la culpa del arrendador del servicio, o sea, la inejecución por parte de Uricoechea de su obligación; o la fuerza mayor, o el caso fortuito. Porque se puede afirmar que en materia de obligación contractual determinada, o, lo que es lo mismo, de resultado, toda inejecución es culposa cuando no proviene de una causa extraña. Con la terminación culposa por parte de la sociedad del contrato de arrendamiento de servicios, se extinguió ilícitamente el derecho de Uricoechea al cumplimiento de la prestación que contrajo la arrendataria de pagarle un sueldo de ciento ochenta pesos mensuales durante el año que faltaba para el vencimiento del plazo, y de ahí surgió el derecho a cobrar indemnización. El perjuicio sufrido por el patrimonio económico del arrendador no es distinto en su cuantía del valor total de aquel derecho. Es verdad que, debido a la naturaleza misma del contrato de arrendamiento de servicios, la parte perjudicada carece de medios de coacción directa contra la que puso término intempestivamente a la convención para que cumpla la presta-

Págs.

ción prometida. Solamente cuando se trata de contratos cuya ejecución continúa siendo jurídicamente posible, o que son susceptibles de resolución, es cuando el demandante no puede pedir, directa y simplemente, indemnización de perjuicios, sin intentar a la vez, bien el cumplimiento forzado de la convención, o bien la resolución de ésta. En ambos casos, por consiguiente, la acción de resarcimiento del daño contractual debe ser siempre accesoria, porque la obligación de indemnizar perjuicios no proviene del contrato mismo, sino de su inejecución consumada o de un rehusamiento a cumplir la prestación que equivalga a su inejecución". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 5 de 1935) . . 407, 1ª y 2ª, y 408, 1ª y 2ª

ASESINATO—(HOMICIDIO PREMEDITADO)

- 25 -

A un Jurado se le había preguntado: "El acusado N. N. es responsable de haber 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 contestó: "Sí, pero sin las agravantes de asechanza previa, sobreseguro, traición o alevosía". Como condenasen el Juez y el Tribunal al procesado como reo de asesinato, recurrió en casación alegando la primera causal por violación de la ley penal o por mala interpretación de ésta o indebida aplicación de la misma.

"¿Esta respuesta del Jurado afirma o niega las circunstancias de asesinato sometidas por el Juez? Formalmente las afirma, puesto que puso la palabra 'sí'; pero sustancialmente las niega. La circunstancia de asesinato propuesta en el cuestionario es aquella definida en el numeral 3º del artículo 586 del C. P. El homicidio premeditado toma la denominación de asesinato, según dicho numeral, cuando se comete 'con alevosía o a traición y sobreseguro'. El mismo numeral enuncia o contempla cuatro formas de esta modalidad criminosa, en cuatro frases, cada una de las cuales principia con el adverbio 'ya'. Dice en efecto el inciso.... 'El Jurado negó las circunstancias que él llamó 'agravantes', 'de asechanza previa, sobreseguro, traición o alevosía'. De esta suerte, el 'sí' del veredicto no puede referirse sino a la frase final del cuestionario que dice: 'sorprendiendo a su víctima indefensa o desapercibida'. Ahora bien: la indefensión de la víctima es circunstancia de asesinato, cuando constituye alevosía, traición o sobreseguro, porque, se repite, la indefensión o el estar la víctima desapercibida, son apenas aspectos de la circunstancia de asesinato definida en el numeral 3º del artículo 586; pero cuando no alcanza a constituír alevosía, traición o sobreseguro, la indefensión es tan sólo una circunstancia agravante genérica, como lo prevé el numeral 10º del artículo 117 del C. P. En estas condiciones el cuestionario de asesinato quedó prácticamente negado, la apreciación del hecho debe circunscribirse al homicidio premeditado, y la pena imponible no es la del art. 598 que aplicó el sentenciador, sino la del 595 del C. P., es decir, de doce a dieciocho años de presidio, en vez de la inflexible de veinte, que impuso el fallo recurrido". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 10 de 1936) . . . . . 835, 1ª y 2ª

ASIGNACION TESTAMENTARIA CONDICIONAL

- 26 -

Se había iniciado acción de dominio contra la Comunidad de las Hermanas de la Caridad de la Presentación para la restitución de una casa situada en Sogamoso. Para casar la sentencia recurrida dijo así, en instancia, la Corte:

"El presbítero Avella se expresó así en el testamento: 'La casa ubicada en Sogamoso, en donde actualmente está el Colegio de las Hermanas de la Presentación, la dejo mientras ellas estén en Sogamoso, destinada para colegio y cuando las Hermanas se vayan de Sogamoso, pasará esta casa a mis herederos; teniendo las Hermanas la obligación de

mandar decir tres misas cada mes por mi intención". Apoyado en esta cláusula el representante de la parte actora sostiene en los hechos f), g), h), i) de su demanda, que la mencionada cláusula lleva la orden de restitución característica de esta clase de asignación, establece un fideicomiso o por lo menos un derecho de simple usufructo a favor de la comunidad beneficiaria, que ni el fideicomiso ni el usufructo pueden pasar de treinta años, que como la comunidad demandada ha gozado de la propiedad fiduciaria o de usufructo sobre el bien raíz objeto del juicio durante treinta años, que se cumplieron el nueve de julio de mil novecientos treinta y uno, dicha comunidad debe devolverlo o restituírlo a los herederos del doctor Avella, restitución que se ha resistido a hacer dicha comunidad, no obstante los reclamos que se le han hecho. La parte demandada apoyada también en la cláusula testamentaria ya transcrita, sostiene que está en posesión del inmueble materia del pleito, y que no ha convenido en entregárselo a los herederos del presbítero Avella por no estar obligada a efectuar tal entrega, pues la comunidad demandada debe cumplir la voluntad del testador que destinó ese inmueble para colegio de las Hermanas de la Caridad en Sogamoso, mientras ellas estén en dicha ciudad. Cuando el presbítero Avella otorgó su testamento las Hermanas de la Presentación tenían establecido un colegio, en la casa que en su testamento asignó dicho presbítero a la comunidad de las Hermanas, casa que les dejó, destinada a ese colegio. Este es el significado obvio y trivial de la cláusula testamentaria, sobre ese significado está escrita la demanda, según se ve claramente del cuerpo de ella y especialmente de los hechos e), f), g), h), i), j), k), l), B) del libelo, y ese significado e interpretación también lo ha aceptado la parte demandada. Y sobre esa base procede la Corte, porque no sería posible variar los términos ni la misma intención de la demanda, después de propuesta y aceptada en esa forma y después de haber sido trabada la litis en los términos en que la demanda se presentó. No le es dado al demandante después de la litis contestatio o de establecida la relación jurídico-procesal, variar los términos e intención de la demanda en sus alegatos de instancia. Y el juzgador debe atenerse al modo como se planteó la litis. Se trata de una asignación testamentaria condicional, que se rige no sólo por las disposiciones del capítulo segundo del título cuarto del libro tercero del C. C., sino también por las disposiciones del título cuarto del libro 4º de dicha obra, pues así lo previene la parte final del artículo 1128 ibídem. Y es una asignación condicional porque siendo la esencia de la condición un evento futuro y en este caso incierto, ese evento está previsto o mejor establecido en la cláusula testamentaria. Y como anotan los comentadores, en las cláusulas testamentarias los términos inciertos son condiciones, lo cual no hace más sino reproducir el siguiente principio de Derecho Romano: IN TESTAMENTO DIES INCERTUS CONDITIONEM FACIT. Para los herederos del presbítero Avella, la condición impuesta en la cláusula testamentaria es suspensiva, porque ellos no pueden adquirir el derecho al inmueble sino cuando se cumpla una condición, cuando las Hermanas de la Presentación se vayan de Sogamoso; para esta comunidad la condición impuesta por el testador es resolutoria y por eso pierden el derecho a la casa cuando se vayan de Sogamoso. Artículo 1536 del C. C. No fijó el testador un plazo determinado, durante el cual las Hermanas de la Presentación hubieran de sostener su colegio de Sogamoso, sino que sometió la cláusula del testamento a un día incierto e indeterminado, porque no se sabía si la comunidad demandada se iría de Sogamoso ni el día en que esto sucediera. Esta modalidad le da a la cláusula el carácter de verdadera condición al tenor del artículo 1141 del C. C. No se ve, pues, la razón en que se funda el recurrente para sostener que la asignación es hasta ese día, incierto y determinado, porque lo incierto pero determinado puede llegar o no; pero suponiendo que haya de llegar se sabe cuándo, como el día en que una persona cumpla tantos

años, pero en el caso que se contempla no se sabe ni podía saberse cuándo, qué día, ni en qué fecha se irían las Hermanas de la población de Sogamoso, lo cual constituye la naturaleza y la esencia de lo indeterminado, desde el punto de vista jurídico, como del filológico y gramatical. La subsistencia o resolución de una cláusula testamentaria, como también la cláusula condicional en un contrato, depende del hecho de verificarse o no el acontecimiento. Así como en los contratos bajo condición resolutoria, por el hecho de no existir ésta no se suspende la ejecución del contrato, en las asignaciones testamentarias condicionales también bajo condición resolutoria, el beneficiario tiene el derecho desde el primer momento, el cual no se extingue sino cuando se realiza la condición que extinga su derecho. De donde se desprende, como apunta Giorgi, que si falta la condición, el contrato o la asignación quedan irrevocables como si se hubiera ultimado AB ENITIO sin condición resolutoria y la ejecución que hasta ese momento tenía carácter provisional pasa a ser definitiva. Estaba o está dentro de la potestad de la comunidad demandada irse o quedarse en la población de Sogamoso; por este aspecto la condición tiene para la parte demandada el carácter de potestativa, artículo 1543 del C. C., y el solo hecho de voluntad de esa comunidad habría podido extinguir la obligación y resolver su derecho. Pero este extremo no es el contemplado en la presente litis, porque precisamente por la no ida de la comunidad demandada de la población de Sogamoso, o mejor todavía, por el no abandono y por la no entrega de la casa a los demandantes, es por lo que se inició el presente litigio. Una condición puede fallar, aun siendo potestativa, por circunstancias o acontecimientos independientes de la voluntad de las partes y aun tenerse como de ningún valor; de ahí los principios que informan los artículos 1531, 1532, 1533, 1534, 1535 del C. C. y en cuanto a las condiciones suspensivas la ley establece, artículo 1537, que se tendrán por fallidas si son o se hacen imposibles. Mas no fallando la condición, en los casos de los artículos que acaban de citarse no puede exigirse el cumplimiento de la obligación, artículo 1542, y respecto de las asignaciones testamentarias bajo condición suspensiva, éstas no confieren al asignatario derecho alguno, mientras pende la condición, sino el de implorar las providencias conservativas necesarias; por eso y en concordancia con los artículos que acaban de citarse y como consecuencia lógica de ellos, verificada la condición resolutoria no se deberán los frutos percibidos en el tiempo intermedio, salvo que la ley, el testador, el donante o los contratantes hayan dispuesto lo contrario, artículo 1545 ibídem. Las disposiciones condicionales que establecen fideicomisos, se reglan por el título de la propiedad fiduciaria, dice el artículo 1137 del C. C. Esta disposición concordada con las que reglan el fideicomiso, constituye una excepción al artículo 800 del C. C., que enseña que toda condición de que penda la restitución de un fideicomiso y que tarde más de treinta años en cumplirse, se tendrá por fallida, a menos que la muerte del fiduciario sea el evento de que penda la restitución y que esos treinta años se contarán desde la delación de la propiedad fiduciaria. Si, pues, según el artículo 1542 no puede exigirse el cumplimiento de la obligación condicional sino verificada la condición totalmente, en tratándose de un fideicomiso, los treinta años establecidos por la ley hacen fallar la condición y entonces no se puede exigir la restitución de la cosa, siempre que el evento de que penda la restitución no sea la muerte del fiduciario. A la luz de lo anterior debe fallarse el presente litigio: Las partes están de acuerdo, en esto no hay discusión, en que la comunidad demandada hace más de treinta años está en posesión de la casa y solares materia de la reivindicación. Si la cláusula del testamento del doctor Avella se interpreta como la constitución de un fideicomiso, no hay lugar a las declaraciones de la acción subsidiaria porque la condición está fallida, por el transcurso del tiempo, artículo 800 citado, y el fiduciario o sea la comunidad demandada, ha venido a ser, por ese fenómeno jurídi-

co, dueña exclusiva de la casa y solares. Y obsérvese que es sobre el concepto de que se trata de una propiedad fiduciaria sobre que está concebida la demanda y que el partidor y el juez en la sucesión del presbítero Avella así lo entendieron. El artículo 800 citado se inspira en un principio trascendental, que es el mismo en el que está basado el artículo 37 de la Constitución Nacional, a saber: que no habrá en Colombia bienes raíces que no sean de libre enajenación, ni obligaciones irredimibles. Si siempre estuviera en vigor una condición suspensiva, si no existiera un fenómeno legal que la extinguiera, se llegaría el caso en que prácticamente habría bienes raíces fuera del comercio y respecto de los cuales podría disponer. También el demandante se refiere en su demanda al concepto de usufructo, pero no puede admitirse ese extremo, por las siguientes razones: a) porque de la cláusula del testamento del doctor Avella, no puede rectamente deducirse que hubiera querido establecer un usufructo, puesto que él asignó esa casa y solares a la comunidad de las Hermanas, con una condición: mientras estuvieran en Sogamoso con el colegio; b) porque el mismo partidor, si bien entendió que se trataba de un fideicomiso, no interpretó la cláusula del testamento, como constitución de un usufructo, que se repite, no resulta de la cláusula testamentaria mencionada, y c) porque como lo observa el abogado opositor, el concepto de usufructo es inadmisible en el caso presente, porque no se trata de una condición hasta día incierto, pero determinado, sino de una condición hasta día incierto e indeterminado, que es siempre una verdadera condición y entonces debe aplicarse el artículo 1141 del C. C." (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 30 de 1935) ..... 196, 2ª, 197, 1ª y 2ª, 198, 1ª y 2ª

AUSENCIA DE MOVILES EN LA EJECUCION DEL DELITO

- 27 -

En un juicio por homicidio en que la cuestión de la premeditación fue tenida en cuenta tanto en el auto de enjuiciamiento como en el cuestionario que se le presentó al Jurado, contestado afirmativamente, insistía el reo, en su alegato de casación, en que la carencia de motivos para matar rechazaba la premeditación.

"No es este punto la base principal del recurso; pero respecto de él conviene recordar cómo los tratadistas de derecho penal consideran que la futileza y A FORTIORI la ausencia de móviles inducen a considerar más grave el hecho y más perverso al delincuente". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, junio 5 de 1936). 423, 1ª

AUTO DICTADO CONFORME AL ARTICULO 1715 DEL CODIGO JUDICIAL ANTERIOR

- 28 -

Fue acusado un juez en lo criminal por haber dictado un auto, estando ya para fallar la causa, de conformidad con el artículo 1715 del Código Judicial.

"....Si es verdad que durante la prosecución del sumario el investigador ha de limitarse a la práctica de las diligencias que pida el acusador, lo que tampoco quiere decir que al sindicado le esté vedado solicitar, a su turno, las que crea que le favorecen, de ello no puede deducirse que en los procesos por acusación el juez pierda la facultad, de carácter general, que en el capítulo sobre sentencias del Código Judicial le otorga el artículo 1715, para ordenar la práctica de las diligencias que juzgue convenientes a fin de aclarar los puntos que halle oscuros o dudosos. La facultad no llega hasta el extremo, desde luego, de que al juez le sea dado crear nuevos elementos probatorios, distintos de los existentes en los autos; pero la diligencia enderezada a buscar mayor nitidez en la probanza que ya obra en el proceso, lejos de constituir transgresión de la ley, es una saludable medida en pro del esclarecimiento de la verdad, máxime cuando en materia penal las determinaciones de la justicia se relacionan tan íntimamente con el orden social". (Auto, Sala de

Págs.

Casación en lo criminal, XLIII, Nos. 1907 y 1908, abril 20 de 1936).....

AUTO EJECUTIVO

- 29 -

Un funcionario investido de jurisdicción coactiva había ordenado que se liquidasen intereses sin que el auto ejecutivo hubiera condenado a pagarlos. Apelado ese auto, dijo la Corte:

"Conforme al artículo 1058 del C. J., los funcionarios investidos de jurisdicción coactiva proceden ejecutivamente en el cobro de las deudas fiscales, siguiendo las reglas generales del juicio ejecutivo. El decreto o mandamiento ejecutivo debe contener la orden de satisfacer la deuda en que conste el título ejecutivo, en los términos establecidos en el capítulo I, Título XXXIII del C. J. El Juez de la causa, cuando procede por sí, o el comisionado en su caso, tienen entre otros el deber de intimar al deudor que satisfaga la deuda, 'de conformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución'. (Artículos 986, 997 y 999, numeral 2º, del C. J.). De manera que la obligación del ejecutado está señalada en el auto ejecutivo, y es obvio que si en éste no se le conmina al pago de intereses y costas, éstos no pueden liquidarse en el juicio, porque se extralimitaría el mandato del artículo 999, numeral 2º, del C. J., que circunscribe la intimación al deudor a satisfacer la deuda de conformidad con lo dispuesto en el decreto de ejecución". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1907 y 1908, marzo 4 de 1936).....

AVERIA

- 30 -

El sentenciador en un juicio promovido por la Compañía Colombiana de Seguros, como cesionaria del consignatario de mercancías, contra The Colombian Railways and Navigation Cº, Ltd., había considerado que el hecho de mojarse un alambre de púa y un hierro corrugado para techo no demostraba la avería, pero afirmó que el de poner en la planilla de consignación la expresión: "mojados por agua de lluvia", no constituye la reserva de que habla el Código de Comercio. Aunque no casó la Corte la sentencia del Tribunal, rectificó sobre ese punto el fallo del Tribunal de Cartagena y dijo:

Págs.

421, 1ª

"De acuerdo con el artículo 313 del Código de Comercio, la responsabilidad de avería se extingue por la recepción de la carga y por el pago del porte y de los gastos, sin la competente reserva del consignatario, o si éste recibe los bultos que presenten señales exteriores de avería, y no protesta en el acto de usar de sus derechos, o si notándose el daño al tiempo de abrirlos no hace reclamación alguna durante las veinticuatro horas siguientes a la restitución. En las planillas puso un recomendado del consignatario esta nota: 'mojados por agua de lluvia'. En sentir del tribunal, esta advertencia no implica la competente reserva. Dice: 'es de comprensión sencilla, elemental, que esta advertencia es vaga, lata e indefinida, y no puede servir de fundamento a una apreciación de derecho en armonía con la justicia'. Con toda razón observa el recurrente que la indicación de que los cargamentos estaban mojados sí es una reserva de los derechos que por causa de la humedad resultaran a favor del consignatario. No cree la Corte que la 'competente reserva', exigida por el artículo 313, deba consistir en la expresión exacta de la avería, cuando ésta puede no conocerse en el momento de la entrega, aunque esté ya cumplida la causa cuyos efectos se conocerán un poco más tarde. Aquella observación del recurrente ha contribuído a la rectificación de una doctrina del tribunal, pero no constituye causal de casación, por cuanto no incidió esa apreciación en la parte resolutiva de la sentencia. Esta no está fundada en que faltara la reserva sino en que no se demostró que las mercancías llegadas se averiaran, y en que, caso de haberse traído prueba pericial sobre relación de causalidad entre la mojada

468, 2ª, 469, 1ª

Págs.

y la avería, el porteador no sería responsable de culpa porque el hierro galvanizado y el alambre de púas son objetos que pueden conducirse en carros descubiertos, por constituir carga de patio. Se desecha". (Casación XLIII, Nos. 1909 y 1910, abril 20 de 1936) ..... 571, 1ª y 2ª

AVULSION

- 31 -

Véase ACCESION.

B

BALDIOS

- 32 -

En un juicio de reivindicación en que el actor pretendió en casación que el derecho de la demanda en que se invocó el carácter de dueño se trocara por el que tiene el poseedor regular de la cosa que se halla en el caso de poderla ganar por prescripción, afirmó que el Tribunal no había tenido en cuenta la posesión de la finca por parte de sus tradentes, a uno de los cuales le había sido adjudicada por el Gobierno Nacional, y que incurrió en error de hecho al no ver en la adjudicación una necesaria posesión de lo adjudicado. La Corte dice que el sentenciador analizó los títulos presentados por el actor, entre los cuales no fue registrado el de adjudicación; que enfrentó a esos títulos la posesión material reconocida al demandado, y que las afirmaciones del sentenciador sobre ineficacia de los títulos no fueron atacados por el recurrente. Sobre el cargo de que se habla, agrega:

"Posiblemente el recurrente ha querido sugerir que conforme a leyes vigentes en la época de la adjudicación que se hizo a Simón Valencia a título de cultivador en 1912, que eran las anteriores al actual Código Fiscal, el cual entró a regir el 1º de abril de 1913, Valencia debió ser ocupante material de los cultivos y casas de habitación y de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 56 de

Págs.

1905 debió acreditarlo así sumariamente, con tres testimonios, ante el Gobierno, y que esa calidad de ocupante, asimilada a posesión, iba implícitamente reconocida por el Gobierno en la resolución de adjudicación. Así debió ser, puesto que el estudio de la información de testigos es requisito previo que el Gobierno tenía en cuenta para decretar la adjudicación. Pero olvida el recurrente que esa información sumaria de testigos se levanta sin perjuicio de terceros y que siendo el demandado Castañeda un tercero, es preciso demostrar en juicio, con su audiencia, aquella ocupación que Valencia pudo entonces tener y que en su tiempo acreditó ante el Gobierno. Y olvida también el recurrente que las leyes entonces vigentes exigían que después de expedido el título por el Gobierno (artículos 3º, 9º y 17 de la Ley 56 de 1905), éste se registrara, pero especialmente que subsiguiera la entrega material del terreno adjudicado, para que se respetara a los terceros ocupantes; 'la entrega se hará de manera que no se vulnere derecho ajeno de tercero' (art. 2º de la citada Ley, Decreto Ejecutivo Nº 832 de 11 de octubre de 1884, 832 del Código Fiscal de 1873, Ley 48 de 1882). De manera que no obstante que la adjudicación se hacía al colono cultivador en el concepto de que lo era, podía haber terceros ocupantes, de igual o mejor derecho que el adjudicatario, a quienes no perjudicaba jurídicamente la adjudicación oficial, y así lo prevenía la ley en repetidos preceptos. Ahora bien, el demandado Celso Castañeda afirma desde que contestó la demanda, que él entró a ocupar esas tierras en el concepto de ser baldías, que taló la montaña virgen, que construyó casas de habitación, plantó cafetales y sementeras, y que ha estado en constante posesión, salvo de 1918 a 1920, en que fue lanzado por el Alcalde de Belalcázar, y luégo el Poder Judicial le devolvió la posesión en 1920. Castañeda ha asumido, pues, la posición de un tercero poseedor de la tierra que se le reclama, como colono cultivador, a quien no podía perjudicarle la adjudicación de Valencia, y dice también que como a Valencia no se

Págs.

le hizo la entrega material ordenada por el artículo 932 del Código Fiscal de 1873, no tuvo ocasión de mostrarse como tercero a quien la autoridad hubiera amparado entonces. Esa posición jurídica que Castañeda ha asumido en el juicio no ha sido ni desmentida ni desvirtuada por los demandantes. Y siendo Castañeda cultivador de tierras baldías, allí establecido con casa y labranza, sementeras y plantaciones, debe ser considerado poseedor de buena fe y amparado como tal (artículos entonces vigentes 2º y 4º, Ley 48 de 1882, 762 del C. C., Ley 56 de 1905, artículo 79 C. F. vigente). Por este aspecto también es intocable el fallo". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, octubre 18 de 1935). 372, 2ª, 373, 1ª

BUENA FE

- 33 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina expuesta bajo el título DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EFECTOS DE LA DISOLUCION ANTE TERCEROS DE BUENA FE EXENTOS DE CULPA, EN CUANTO A LAS VENTAS DE INMUEBLES HECHAS POR EL MARIDO.

C

CAJISTA

- 34 -

Se le había embargado a un cajista de la Imprenta Nacional lo que en ella ganaba como tal. Apeló del auto respectivo alegando que su salario o jornal no era embargable.

"Es, pues, evidente que el señor Sánchez es obrero cajista, a quien se le paga, no como jornalero, sino por la obra que realice, es decir, por unidad de obra. No es preciso entrar a dilucidar si el trabajo a destajo es un contrato de arrendamiento de servicios o más bien un contrato innominado, como otros dicen, empleando la frase latina: 'facio ut des'. Lo que debe determinarse es si Sánchez era peón en la imprenta, o si era un obrero, porque éstos dos conceptos tienen una diferencia específica: el peón es una especie del género obrero. Un peón es un obrero, pero no todo obrero es peón. Sánchez es un obrero a destajo, un cajista de la imprenta. Según se desprende del ordinal 2º del artículo 1004 del Código Judicial, no son embargables 'las sumas que se paguen a los empresarios o contratistas de obras públicas, durante la ejecución de los trabajos', pero allí se exceptúa lo que 'se adeude a los artífices u obreros por su salario', lo que significa que esto sí puede embargarse. Consiguientemente, es preciso averiguar si Sánchez pertenece a la clase de obreros, denominada peones, pues son los jornales y salarios de los peones lo que no puede embargarse. Es peón todo obrero que ejecuta una labor material para la cual no se requieren preparación ni aprendizaje de ninguna clase, como los jornaleros de la agricultura, los cargueros, los cavadores, los picapedreros, etc. En otros términos: es peón el que trabaja en cosas materiales que no piden arte ni habilidad especial. Siendo esto así, es claro que el cajista de una imprenta no puede considerarse como peón en el sentido expresado. Por consiguiente, lo que se ha embargado a Sánchez, y que es parte de lo que gana como cajista, sí es embargable". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1907 y 1908, marzo 6 de 1936)..... 472, 2ª, 473, 1ª y 2ª

CALIFICACION DE HECHOS JURIDICOS

- 35 -

Decían los demandados en un juicio de dominio que prosperó al tenor de la demanda, que había incongruencia entre lo pedido y lo fallado por haber entendido el actor que la calidad jurídica de los demandados era una y haber sentenciado el tribunal diciendo que era otra diferente.

"La calificación jurídica de un hecho corresponde al Juez darla, y no varía su naturaleza jurídica verda-

Págs.

dera por razón de una mala denominación por parte de cualquiera de los litigantes. En este pleito la condición de poseedores que tienen los demandados no se altera con motivo de que Uribe Holguín denominara retención la circunstancia de hallarse la casa en poder de ellos. La naturaleza jurídica de la apropiación por parte de éstos del inmueble, no la varía, pues, aquella calificación. Además, el demandante afirmó en su libelo, como hecho, que los demandados retenían el inmueble a virtud del cambio del título primitivo, que era de mera tenencia, por uno creado de dominio. Este hecho, probado como está, en lo que se refiere al título actual, bastaba al juzgador para calificar a los demandados como poseedores, no obstante cualquiera otro sentido que tuviera el nombre empleado por el demandante para expresarlo. De otro lado, es al juzgador a quien corresponde nominar la acción incoada, porque la naturaleza de ésta no depende del nombre que a ella le dé el demandante, quien, de acuerdo con nuestro derecho procedimental, nunca está obligado a hacerlo. Por consiguiente, el Tribunal no violó los artículos 946, 977 y 984 del Código Civil al considerar la acción ejercitada como de dominio, basándose en la verdadera naturaleza jurídica de los hechos relatados en el libelo". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, octubre 2 de 1935). . . . . 163, 1ª y 2ª

CALIFICACION
DE LA DELINCUENCIA

- 36 -

De acuerdo con el artículo 123 del Código Penal la calificación del delito se hace en grado primero cuando todas sus circunstancias son agravantes y no se presenta atenuante alguna; al existir atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en grado tercero; y si en el delito concurrieren al mismo tiempo circunstancias agravantes y atenuantes, se calificará la responsabilidad en segundo grado. (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, junio 20 de 1936). 639, 2º

Págs.

CARTAS DE PAGO

- 37 -

Había firmado la demandada a favor del actor unas cartas de pago y conforme a ellas fue condenada al tenor de la demanda. En casación se acusó el fallo como violatorio de la ley sustantiva. Sobre el asunto de las cartas de pago dijo la Corte:

"Bien sabida es la importancia que los códigos reconocen a las cartas de pago. En documentos de esta índole descansan a menudo supuestos legales sobre algunos antecedentes de donde el legislador deduce determinadas consecuencias. Es decir, ciertas presunciones. Recuérdense, si no, los artículos 1628, 1653 y 2234 del Código Civil y 211 del Código de Comercio. En la imputación de pagos, en la subrogación y en otros fenómenos jurídicos desempeñan tales cartas un papel preponderante. Recuérdense, si no, los artículos 1654, 1668, 1669 y 2118 del Código Civil. Sería injurídico infirmar por contraría a la ley una sentencia fundada en el texto de documentos cuyo alcance no fue desvirtuado plenamente. Su reconocimiento les dio fuerza de confesión que no han perdido en el debate (artículo 637 del C. J.) La Corte ha hablado indistintamente de recibos y de cartas de pago por la similitud que existe entre estos documentos; pero ella no olvida que las últimas se refieren a la solución total o parcial de deudas". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 28 de 1936). 778, 2ª

CASACION

- 38 -

Como demandase un individuo la nulidad de la liquidación de una sociedad en su carácter de socio de ella, sin que hubiese demostrado esta calidad, en el recurso de casación que intentó contra la sentencia que negó las peticiones de la demanda acusó la sentencia, en cuanto a la apreciación de pruebas, por violación del artículo 593 del Código Judicial, entre otros cargos.

Pág.

"No fue, pues, que el Tribunal dejara de reconocer una comprobación establecida satisfactoriamente por Pérez; fue que faltó esta comprobación. No sobrará advertir que cuando realmente un Tribunal incurre en esa falta, el cargo procedente en casación no puede ser o bastar el de violación del artículo 593 del C. J., contentivo de un precepto genérico, sino el de las disposiciones atañederas singularmente a las pruebas de apreciación omitida o errónea, para de ahí deducir el cargo de infracción de las disposiciones sustantivas violadas como consecuencia de esa omisión o error." (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, febrero 12 de 1936) ... 549, 2ª

CASACION

- 39 -

Los medios nuevos son ineficaces en casación. (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, octubre 30 de 1935) (1). 316, 1ª

CASACION

- 40 -

La compañía que perdió el pleito sobre perjuicios que había instaurado, por no haber presentado la escritura de su formación jurídica, alegaba en casación que siendo ese hecho motivo de una excepción de ilegitimidad de la personería del actor que debió presentar la parte demandada, se habían violado algunas disposiciones del Código Judicial por el Tribunal sentenciador.

".....Si la violación directa, por una parte, y la indirecta proveniente de errónea apreciación de pruebas, por otra, se refiere tan sólo a los artículos 328, 330, 332, 205, 207 y 232 del Código Judicial, que son los que el recurrente estima infringidos, el cargo no alcanza a afectar la ley sustantiva, ni a entrañar, por consiguiente, motivo de casación. En efecto, los recursos de procedimiento a que deje de acudir una de las partes en la secuela del juicio, como una excepción dilatoria, por ejemplo, pueden constituir defectos de procedimiento, juzgables a su tiempo, pero no en casación, porque una cosa es el derecho real y sustantivo que las partes han de llevar demostrado al Juez de instancia, y para ello es el procedimiento, y otro el derecho formal ercado por la sentencia, que es el que se le presenta a la Corte de Casación". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 20 de 1935) 331, 1ª

CASACION

- 41 -

El no citar la disposición o artículo de la ley sustantiva violado por la sentencia recurrida constituye un vicio sustancial en casación. (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, febrero 13 de 1936) 335, 2ª

CASACION

- 42 -

Un recurrente alegaba como primer motivo de casación el ser la sentencia violatoria de otra de la Corte Suprema.

".....Una sentencia de casación no establece vínculo jurídico sino entre las partes y sólo para ellas tiene fuerza de ley o para quienes por disposición legal aproveche o perjudique el fallo. De esto resulta que una sentencia no puede ser acusada por el único concepto de ser violatoria de un fallo de la Corte, porque si éste es ley para las partes, no lo es ni puede serlo para los demás. Resultan de esto dos conclusiones: Primera: La violación de una sentencia de la Corte no puede llevar a la violación de la cosa juzgada y entonces el recurso es viable, no porque se haya violado la sentencia, sino la ley sustantiva, que establece el respeto a la cosa juzgada, como una de las bases de seguridad social. Mas para esto es necesario que concurran las circunstancias y condiciones que dan nacimiento al hecho jurídico de

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 497, 521, tomo 1o., «Jurisprudencia de la Corte»; 262, 265, 287, 291, tomo 2o., y 445, 536, tomo 3o.

Págs.

la cosa juzgada, a saber: identidad de personas, de acciones y la misma naturaleza de los juicios. Por eso la Corte ha sostenido desde hace muchos años, que si bien es cierto que el ser una sentencia contraria a la cosa juzgada, no es de las causales de casación señaladas por la ley, no obstante la Corte ha reconocido que siendo la cosa juzgada un hecho jurídico que la ley sustantiva establece como invulnerable, una sentencia pronunciada en contra de lo que ha decidido en otra ya ejecutoriada y en juicio que verse sobre las mismas partes, sobre la misma cosa y por la misma acción sería violatoria de la ley sustantiva y estaría sujeta a ser anulada por virtud del recurso de casación. La segunda conclusión es la siguiente: No puede alegarse como causal de casación el hecho de que el fallo de un Tribunal Superior sea contrario o viole una sentencia de la Corte Suprema, cuando quien alega tal motivo no fue parte en el juicio que terminó con el fallo de la Corte, porque las sentencias sólo perjudican y aprovechan a quienes han sido parte en el juicio y además, porque la ley se aplica al caso especial del pleito y no por vía general, para los pleitos futuros. La interpretación que hacen los jueces en las sentencias por vía de doctrina, sirve para ilustrar otros casos semejantes, pero no constituye una norma inmodificable. Por eso, no obstante el respeto que merecen las decisiones de la Corte, fue derogado el artículo 4º de la ley 139 de 1896, y aun en la vigencia de ese artículo se consideró la posibilidad, que es una realidad, de la variación o modificación de las doctrinas de la Corte, porque de otra manera un concepto meramente estático, impediría el avance y evolución del derecho y su acomodamiento a las realidades". (Casación. XLIII, Nos. 1911 y 1912, junio 1º de 1936) ..... 712, 1ª y 2ª

CASACION EN LO CRIMINAL

- 43 -

Alegaba el reo recurrente en un proceso por homicidio, entre otras causales la cuarta del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea, el estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado:

"Tal desacuerdo ocurre en el caso de este proceso, porque el Tribunal absolvió al procesado por dos de los cargos sobre los cuales el jurado profirió veredicto afirmativo o de responsabilidad. Pero no podría infirmarse por tal motivo la sentencia recurrida, porque al dictarse la que debiera reemplazarla (primer inciso del artículo 4º, ley 118 de 1931) tendría la Corte que imponer al procesado una pena mayor que la asignada por el Tribunal en su fallo; y la casación, como todo recurso, no puede entenderse interpuesta sino en cuanto a lo desfavorable de la sentencia recurrida. Como en el caso de este recurso quien lo interpuso fue el procesado, prosperaría el recurso para perjuicio suyo si se declarase fundada la causal cuarta de casación". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, marzo 27 de 1936) 213, 2ª

CAUSAL 4ª DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 44 -

Tanto los hechos del proceso como el auto de proceder hablaban de las heridas causadas en riña del heridor con el ofendido. Como la sentencia no había tenido en cuenta esa circunstancia, recurrió en casación el reo alegando la cuarta causal de conformidad con el artículo 3º de la ley 118 de 1931.

"La Corte Suprema acoge en todas sus partes la anterior vista del señor Procurador, y con base en la historia del proceso y los razonamientos allí contenidos, estima que es el caso de infirmar la sentencia materia del recurso, para imponer a José Osorio la pena de que tratan los artículos 645 y 661 del Código Penal relacionados entre sí, dejando subsistente la calificación de la delincuencia del reo en el grado tercero. Pero imprescindible es agregar que prospera en este asunto la causal 4ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, consistente en no estar la sentencia en consonancia con los

Págs.

cargos formulados en el auto de proceder, porque además de los razonamientos aducidos por el señor Procurador, ocurre que en el plenario brilla por su ausencia toda prueba que desvirtúe la apreciación sobre heridas en riña que se contiene en dicho enjuiciamiento". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, julio 14 de 1936) 643, 2ª

CAUSAL 4ª DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 45 -

Sin tener en cuenta que los hechos del proceso y el auto de proceder hablaban de un homicidio cometido en riña, el Tribunal sentenciador condenó al reo por homicidio simplemente voluntario.

"En el enjuiciamiento quedó establecida, de modo inequívoco, la circunstancia de la riña entre el acusado Marín y el occiso Daniel Giraldo; y en el cuestionario, absuelto afirmativamente, no sólo se hace expresa referencia a los cargos formulados en el auto de proceder, sino que la pregunta al jurado termina con la advertencia de que entre agresor y agredido se cruzaron palabras hirientes en el momento mismo del suceso. De esta suerte el Tribunal de Ibagué, al condenar a Simón Marín por homicidio simplemente voluntario a la faz del artículo 600 del Código Penal, sin tener en cuenta las modalidades que rodearon el hecho, incurrió en evidente desacuerdo, ya con los cargos formulados en el auto de proceder, ora con el veredicto de los jueces de conciencia. Prospera, pues, la causal 4ª, y, por ende, la 1ª también, desde el momento en que la disposición que ha debido aplicarse por el Tribunal no era el artículo 600 del Código Penal, sino el 602, inciso 2º, relacionado con el numeral 7º del artículo 587". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, julio 28 de 1936) ..... 646, 1ª y 2ª

CAUSAL 4ª DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 46 -

Véase: INCONGRUENCIA.

Págs.

CAUSAL DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 47 -

Habiéndose condenado a un individuo como reo de asesinato, el Procurador alegaba que en el auto de proceder no se había hablado de la circunstancia de la premeditación, "lo cual significa, decía, por otra parte, que no sólo se apreció erradamente la prueba del cuerpo del delito, sino que se aplicó mal la ley penal al someter al jurado un cuestionario no formulado de acuerdo con el auto de proceder". Dijo la Corte:

"De los argumentos aducidos por el señor Procurador, compaginados con los propuestos por el señor apoderado recurrente ante la Corte, se deduce un reparo fundamental contra la sentencia, consistente en acoger ella para la aplicación de la pena el factor premeditación, el cual no aparece mencionado en el llamamiento a juicio, lo que quiere decir que la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Y como este es el motivo determinante de la causal 4ª de casación, el recurso puede prosperar por tal aspecto, ya que revisados el auto de proceder y del Tribunal que lo confirmó, resulta que de ninguna de esas providencias aparece dicho cargo de premeditación contra el procesado". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, septiembre 14 de 1936) 844, 1º

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 48 -

Alegaba el actor recurrente en un juicio de reivindicación que la sentencia no estaba en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, aunque había sido absolutoria del demandado.

"La causal alegada, que es la que consigna el numeral 2º del artículo 520 del C. J., no puede tener cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o cuando ha fallado en más

Págs.

de lo pedido o cuando no ha decidido alguno de los puntos sobre que versa la controversia. En el presente caso el Tribunal se expresa así en la parte resolutiva de la sentencia: 'Segundo: se absuelve a la parte demandada de los cargos contra ella formulados, así en la demanda principal como en la subsidiaria'. Por esta transcripción se ve que el Tribunal desató la litis, no sólo respecto de la acción principal, sino también de la subsidiaria, y es sabido que es la parte resolutiva de una sentencia la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas, emanadas de la sentencia, entre las partes. La parte motiva es la base de la resolutiva y sirve para su interpretación. Quiere esto decir que si en la parte motiva ha habido errónea apreciación de los hechos o falta de estimación de las pruebas, con lo cual se haya producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por ese motivo, no es la consagrada por el numeral segundo del artículo 520 citado, sino es muy distinta". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 30 de 1935). (1)..... 193, 1ª y 2ª

CAUSALES DE CASACION

- 49 -

Aun cuando el artículo 537 del C. J. dispone el estudio lógico de las causales aducidas, de lo cual se desprende el estudio de cada una por separado, entiende la Corte que tal cosa es para cuando los motivos aducidos no son medios nuevos de casación, porque si ello no es así, sería inoficioso estudiar uno a uno motivos que no pueden ser tenidos en cuenta al fallar el recurso. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, junio 1º de 1936)..... 718, 2ª

CAUSALES DE CASACION: Segunda causal.

- 50 -

Véase: SEGUNDA CAUSAL DE CASACION.

Págs.

CAUSA FALSA POR ERROR SOBRE UN PUNTO DE DERECHO

- 51 -

Véase la doctrina titulada: REPETICION POR PAGO EFECTUADO EN VIRTUD DE UN ERROR DE DERECHO.

CAUSA PETENDI

- 52 -

Véase: DEMANDA—CAUSA PETENDI.

CESIONARIO DE DERECHOS HEREDITARIOS

- 53 -

Se había iniciado un juicio de reivindicación en que el recurrente había sido el que perdió el pleito. En casación prosperó el recurso, pues sostenía que los títulos del demandado, como derivados de derechos hereditarios sobre bienes que no se habían partido, no podían primar sobre los del actor que tenían su fuente en la sentencia de adjudicación en un juicio de sucesión.

"...La compra de derechos y acciones en una sucesión, sea en abstracto sea vinculados a uno o más bienes, no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo y pedir se le reconozca su derecho, según los términos del contrato, pero no le dan, ni pueden darle, desde el momento de la compra, la propiedad de determinados bienes. La concreción de esos derechos y acciones en un cuerpo cierto y determinado, es fenómeno legal que no se verifica sino con la aprobación y registro de la partición". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 12 de 1935) 189, 2ª

CIRCUNSTANCIA AGRAVANTE

- 54 -

"El argumento propuesto por el recurrente de que el carácter de agente de policía de Severo Méndez no

(1) Concordancias: véanse las doctrinas contenidas en los números 626, 628, 631, 633, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

tuvo por qué influir en el delito, demuestra cabalmente que el sentenciador estuvo acertado al considerar esa circunstancia como agravante. En el delito cometido por un empleado público, por razón o con pretexto del ejercicio de sus funciones, la condición de empleado es uno de los elementos constitutivos del delito, y no podría cobrarse como tal y además como agravante; pero en el delito común de homicidio, la circunstancia de cometerlo quien está encargado de velar por la seguridad de las personas, sí implica un quebranto especial de las mayores obligaciones del delincuente para con la sociedad, o con las personas contra quienes delinquiere". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 10 de 1936)..... 662, 1ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- 55 -

El recurrente en un proceso por homicidio alegaba como primer motivo de casación la indebida calificación de la delincuencia en segundo grado, pues se había considerado como circunstancia agravante del delito la futilidad e innobleza del motivo determinante al homicidio.

"Puede aceptarse la tesis del recurrente de que la futilidad e innobleza del motivo no figura en el artículo 117 del Código Penal como circunstancia agravante; pero la sentencia del Tribunal enuncia como agravantes, aparte de aquélla, las siguientes que sí contempla el precitado artículo 117: violencia en el ataque (numeral 3º), indefensión emanada de la sorpresa (numeral 10º) y mala conducta anterior del procesado (numeral 11º). De suerte que el Tribunal declaró probadas varias agravantes de las que enumera la ley; y como es jurisprudencia de la Corte que lo que a ella le incumbe en casación es decidir si los hechos propuestos por el sentenciador en calidad de circunstancias agravantes tienen o no asignado ese carácter en el Código Penal (los Tribunales son soberanos en cuanto a la apreciación de la prueba misma de los hechos), resulta que en el caso presente no hubo indebida aplicación de la ley penal por este aspecto de la causal 1ª alegada por el recurrente". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 7 de 1936)..... 659, 2ª

CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

- 56 -

Se alegó en un proceso criminal la primera causal de casación por haberse calificado en segundo grado la delincuencia del reo, como que el sentenciador estimó como circunstancia agravante la de la riña provocada por el homicida. Dijo la Corte:

"Ante todo es preciso distinguir, tratándose del recurso de casación, la cuestión de hecho de la cuestión de derecho. La primera, esto es, si están probados o no los hechos calificado de agravantes, no incumbe a la Corte decidirla: es una cuestión general de pruebas y de estudio del proceso, privativo del sentenciador. La segunda, esto es, la de saber si las circunstancias que el Tribunal sentenciador ha estimado agravantes, lo son legalmente o no, sí es materia que debe apreciarse y resolverse en casación. Sobre calificación de la delincuencia por motivo de circunstancias agravantes, que es la cuestión en que el procesado recurrente funda la causal de indebida aplicación de la ley penal, la sentencia recurrida es muy lacónica. Apenas dice lo siguiente: '....Como la víctima se encontraba sin armas en un lugar despoblado y el delito se cometió en riña provocada por el procesado, está bien la calificación que se hizo en segundo grado, así como la aplicación de la pena media indicada en el artículo 600 del C. P. y accesorias consiguientes'. El señor Procurador General, para apoyar el recurso del procesado, objeta la calificación de la delincuencia en segundo grado, así: Por más bárbaro que haya sido el procedimiento de Tomás Becerra, hay que tener en cuenta la ley para castigarlo; y a mi parecer, es indudable que no existe ninguna de las dos circuns-

Págs.

tancias agravantes en que se apoya la calificación de la delincuencia en segundo grado. No hubo indefensión, porque el homicidio fue en riña, según lo reconocieron el veredicto y la sentencia, y el hecho de que el reo hubiera sido el provocador del incidente no es en sí constitutivo de circunstancia agravante, sino que caracteriza la clase de infracción de la ley por la cual debía responder el acusado. Por lo expresto, estoy de acuerdo con los fundamentos de esta causal y concepto, salvo vuestro mejor parecer, que la sentencia recurrida debe casarse parcialmente, para que se aplique al reo la pena que en rigor legal le corresponde". Como la sentencia recurrida y la del juez de primera instancia hacen mérito de las dos circunstancias agravantes que el procesado recurrente y el señor Procurador de la Nación objetan, precede la Corte a examinar cada una de ellas. La riña provocada por el matador.—Al cuestionario propuesto por el juez de si el procesado es responsable de haber dado muerte voluntariamente y con intención de causarla a José Tristancho, respondió el jurado: 'Sí, pero en riña provocada por el reo'. Si en el auto de proceder se hubiese deducido contra el procesado el cargo específico de premeditación y, por consiguiente, se hubiese incluído esta modalidad en el cuestionario, la respuesta del jurado vendría siendo una declaración enfática de premeditación, al tener de la parte final del artículo 585 del Código Penal, que dice: 'La intervención de riña provocada o principiada por el homicida, no se opone y antes justifica la premeditación'. 'Error habría, habido, dice el Sr. Procurador Gral. de la Nación, al formular el jurado un cuestionario distinto al de homicidio simplemente voluntario, considerado en la parte motiva del auto de proceder, porque entonces se habría sorprendido al reo con un cargo del que ya no podía defenderse'. Descartada la premeditación la frase que agregó el jurado al Sí del veredicto, no modifica éste, puesto que la provocación a riña, por parte del homicida, apenas reduce la presunción de premeditación, según el precepto legal arriba copiado. Ya expresó esta Sala, en sentencia fechada el veinticuatro de julio del corriente año (causa contra Alcibíades Ramírez), lo siguiente: 'La provocación a riña por parte del matador no es circunstancia agravante', sino una modalidad del delito de homicidio (artículo 585 C. P.) que, ante el veredicto del jurado, no puede ya influir en la determinación del grado del delito'. GACETA JUDICIAL, Nº 1898, pág. 206). O, como dice el señor Procurador General de la Nación: '....El hecho de que el reo hubiera sido el provocador del incidente no es en sí constitutivo de circunstancia agravante, sino que caracteriza la clase de infracción de la ley por la cual debía responder el acusado'. (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, abril 3 de 1936).. 207, 1ª y 2ª

Págs.

CLASIFICACION TRIPARTITA DE LOS ERRORES

- 57 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título ERROR. (El pleito de Juan de Jesús Tenorio Villalobos contra Bartolomé López, G. J., páginas 582 y siguientes, XLIII, Nos. 1908 y 1910)

COLONO CULTIVADOR DE BALDIOS

- 58 -

Véase: BALDIOS.

COMPENSACION

- 59 -

Jesús María Tobón ejecutó a Roberto Tobón y después de vencido el plazo que éste tenía para proponer excepciones cedió el crédito a la Compañía de Mosaicos Hidráulicos, a la cual demandó en juicio ordinario Roberto Tobón por repetición sobre pago de lo no debido, por consecuencia del fenómeno de la compensación con créditos que el actor afirmó tener contra el cedente Jesús María Tobón. Como perdiese el pleito recurrió en casación alegando vio-

Págs.

lación de los artículos 1718 y 1719 del Código Civil.

"La circunstancia de ser la compensación legal, no es óbice para que el principio de la extinción automática de las obligaciones coexistentes sufra atenuaciones provenientes de la misma ley. Por lo tanto, es suficiente el hecho de que Roberto Tobón, conocedor de sus créditos oponibles, no hubiera invocado a tiempo el beneficio de la compensación, para decidir que renunció tácita y válidamente a ella, porque la virtud extintiva de la compensación no es de orden público. Lo cual no implica que el acreedor no pueda cobrar después su deuda, inclusive por compensación con otras deudas (artículos 1715 y 1719 del C. C.). Las partes están de acuerdo en cuanto a que la cesión del crédito se verificó después de haber expirado el término procesal para proponer excepciones. Dada la naturaleza de los créditos compensables aducidos en el presente pleito, Roberto Tobón tenía conocimiento de la existencia de ellos desde antes de iniciarse el juicio ejecutivo que le entabló Jesús María Tobón, sin embargo de lo cual, aquél no propuso a éste la excepción de compensación.... Es sabido que la naturaleza legal de nuestra compensación se debe a que los redactores del Código Civil francés, para acoger un errado concepto de los glosadores del Derecho Romano, tradujeron las palabras IPSO JURE por LEGALMENTE. Bajo Justiniano, al contrario de lo que acontecía en la época clásica, la compensación operaba IPSO JURE, en el sentido de que el demandado no necesitaba proponerla, por medio de una excepción IN LIMINE LITIS. Los aludidos glosadores conceptuaron que la compensación obraba de plano derecho, porque no comprendieron que la expresión IPSO JURE fue empleada por los juristas romanos para poner de manifiesto, en ese caso, la oposición a la fórmula EXCEPTIONIS OPE. La compensación se justifica, pues, entre nosotros, desde el doble punto de vista de la utilidad y de la seguridad, y una de sus directrices consiste en el pago forzado, puesto que se impone al acreedor, quien no puede rehusarla cuando se invoca. De ahí que nuestro sistema de compensación no puede ser basado en consideraciones de equidad, de favor legal, propias solamente en las ordenaciones jurídicas, v. gr., la alemana, que establece la compensación como un contrato, o como un acto SUI GENERIS de la extinción de la deuda. Pero este error del Tribunal en nada modifica las conclusiones y demás considerandos de la sentencia. A virtud de lo expuesto, no aparece que la sentencia recurrida haya violado ninguna de las disposiciones legales invocadas por el recurrente y citadas atrás". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, diciembre 3 de 1935)..... 412, 2ª, y 413, 1ª y 2ª

Págs.

COMPETENCIA

- 60 -

El Fiscal del Tribunal de Bogotá demandó ante éste la declaración de baldío de un terreno situado en el Tolima, señalando como demandados a unos de sus poseedores que eran vecinos de una de las poblaciones de ese departamento y a otro que era vecino de esta ciudad. Se alegaba nulidad por carencia de jurisdicción en el Tribunal de Bogotá. La Corte acogió, como fundamento de su fallo sobre el punto, el siguiente concepto del Procurador:

"La razón que alega el apoderado es la de que los herederos de las sucesiones son vecinos del Departamento del Tolima, donde también están situados los bienes materia del juicio, deduciendo, de conformidad con el artículo 155 del Código Judicial, que el Tribunal competente para conocer de este litigio lo es el de Ibagué y no el de Bogotá, y que por consiguiente éste carece de jurisdicción para conocer de aquél, lo cual acarrea la nulidad de lo actuado. A primera vista parece que el articulante tuviera razón en su tesis, pero si se consulta la regla del artículo 152 del citado Código se llega al convencimiento de que el Tribunal de Bogotá anduvo dentro de la legalidad al avocar el conocimiento del actual negocio. Dice la disposi-

Págs.

ción citada: "En los juicios que se sigan contra varios demandados, es juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante', y como consta que hay un demandado vecino de Bogotá —el señor Marco A. Restrepo C.— tiene preferente aplicación la regla transcrita, cuyo texto solucionó de manera acertada los conflictos que se presentaban antes en materia de jurisdicción en casos como el presente". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII Nos. 1907 y 1908, marzo 7 de 1936); ..... 476, 2ª, y 477, 1ª

COMPRA POR UN ALBACEA DE BIENES DE LA SUCESION

- 61 -

Véase: ALBACEA.

CONCURSO RECIPROCO DE DELINCUENTES

- 62 -

En un proceso por homicidio alegaba el recurrente en casación la tercera causal del artículo 3º de la ley 118 de 1931, sobre error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, la cual sustentaba en que el concurso recíproco de delincuentes implica, según concepto del recurrente, acuerdo en la acción y en la voluntad y la premeditación, y agregó que el auto de proceder había hecho a un lado la premeditación.

"Con relación al argumento del concurso recíproco como fundamental de la premeditación, y ésta fue, en el presente caso descartada desde el auto de proceder, al razonamiento traído por el recurrente para demostrar que hubo error en la prueba del cuerpo del delito, la Sala anota: La responsabilidad de un hecho punible puede recaer en uno o varios sujetos; depende de la forma de ejecución del delito. La punibilidad del acto criminoso la contempla la ley positiva con relación al proceso del hecho mismo, a la acción de los responsables. Nuestro Código Penal distingue, por esa razón y para estos efectos, entre autores, cómplices, auxiliadores y encubridores. El artículo 22 del Código Penal establece cuatro categorías de autores. El inciso 1º de ese artículo contempla una de esas categorías: la principal; aquella en que la acción y la voluntad operan de consuno. Ese mismo inciso se refiere a quienes ya solos, ya aisladamente cometen el delito, o a quienes lo ejecutan en concurso recíproco. El concurso recíproco no implica necesariamente la existencia de pacto, convención, acuerdo anterior. Puede haberlo y puede no existir. En el primer caso es consecuencia de la premeditación; en el segundo caso es una resultante de circunstancias variables, determinadas por ofensas, agresiones, ultrajes, peligros u otras causas anímicas, en que dos o más personas, sin acuerdo previo pero sí por un concurso fortuito surgido en el momento mismo en que se desarrollan los hechos, inherentes a ese momento, ejecutan actos de cooperación que concluyen en la consumación de un delito. Acontece esto generalmente en los delitos de sangre. El Código Penal, habida consideración de esta posibilidad, determinó en el inciso 1º, que quienes cometen el delito espontáneamente en concurso recíproco, son autores. Concurso significa ayuda, asistencia para una cosa; reciprocidad expresa, correspondencia mutua. En el caso que se estudia hubo concurso recíproco, pero no existió premeditación, ni pacto anterior, lo cual no excluye como lo pretende el recurrente, la existencia del concurso recíproco. El hecho ocurrió en la forma siguiente: .....Lo que acontece en fenómenos de esta naturaleza es que se confunde la CODELINCUENCIA con la complicidad. Jurídicamente son dos modalidades distintas de la responsabilidad. La complicidad presupone un autor principal, un motor, una voluntad dirigente que es cooperada, a sabiendas, por otro u otros en la ejecución del delito. En la codelincuencia ambos autores proceden con voluntad propia, no dirigida o impulsada por otro. Y como queda dicho esta determinación en la acción puede surgir sin pacto anterior, por circunstancias ocasionales en que sólo la unidad de

Págs.

tiempo crea el lazo de responsabilidad inherente del concurso recíproco." (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, julio 28 de 1936). (1) .... 667, 2ª, y 638, 1ª y 2ª

CONFESION DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

- 83 -

Demandado el Departamento de Caldas por el Orfelinato de San José para el pago del valor de una zona de terreno de propiedad de éste, ocupada por aquél, hizo una confesión el Agente del Ministerio Público al contestar uno de los hechos de la demanda.

".....Considera la Corte que la aceptación que se le ha dado por parte del representante de la Nación al hecho tercero de la demanda, envuelve el reconocimiento de una confesión en cuanto a la obligación que tomó sobre sí el ferrocarril de pagar el precio del lote, y es bien sabido que existe disposición expresa de la ley que impide a los representantes de la cosa pública hacer confesiones que perjudiquen a las entidades que representan, o lo que es lo mismo, la ley no reconoce efecto jurídico a las manifestaciones hechas por los representantes oficiales cuando de ellas se originan perjuicios a sus representados. Y como en el presente caso la aceptación del convenio mediante el cual se tomó el predio de la Casa de Huérfanos impone el deber de pagar el valor del terreno, la justicia no debe deducirle consecuencias jurídicas al arreglo que hicieron las partes en relación con el lote, ya que la prueba del convenio resulta de confesión del Agente del Ministerio Público. De manera que el convenio de que se ha hablado debe reputarse como no existente para los fines de este pleito". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, No. 1904, octubre 10 de 1935)

(1) Véase la sentencia de casación del 20 de febrero de 1934, G. J., número 1888.

Págs.

CONFUSION

- 84 -

Raúl H. Méndez arrendó un edificio de cuatro pisos en Barranquilla, a Christian Weidman; poco después celebraron éstos un contrato de sociedad en comandita simple para la explotación del negocio de hotel que Weidman había puesto en el edificio arrendado. En el contrato de arrendamiento había figurado como fiador José A. Llanos. Como se liquidase la sociedad, haciéndose cargo Méndez del pasivo y del activo, Llanos demandó a Méndez para que se declarase que la fianza que otorgó a favor de éste en garantía de las obligaciones contraídas por Weidman como arrendatario, quedó extinguida desde el día en que arrendador y arrendatario pactaron la sociedad en comandita mencionada. Llanos recurrió en casación de la sentencia del Tribunal de Barranquilla que negó la acción, alegando la violación de varios artículos del C. C., entre ellos, del 1724. Dijo la Corte:

"Quedan así establecidas estas dos cosas: Que la sociedad en el momento de la disolución era deudora de Méndez por el valor de los arriendos no pagados correspondientes al lapso en que tuvo la sociedad el goce de la cosa, y esto sin perjuicio de que Weidman también fuera hasta ese momento y por el mismo concepto, deudor de Méndez, y si se quiere deudor solidario. Segunda. Que Méndez, al tomar a su cargo, en la forma en que lo hizo, el pasivo de la sociedad, se subrogó en su deuda. Basta enunciar estas dos conclusiones para que aparezca de manifiesto que se produjo al operarse la disolución de la sociedad y de conformidad con el artículo 1724 del C. C., el fenómeno de la confusión que extinguió la mencionada deuda y por consiguiente la fianza otorgada por Llanos, de conformidad con el artículo 1725, sin 94, 2ª que fuera óbice para ello el que Weidman hubiera estado también obligado solidariamente hasta ese momento de la disolución de la sociedad al pago de los arrendamientos, pues de conformidad con el artículo 1727

	Págs.
la confusión se opera aunque sean varios los deudores y aunque entre ellos haya solidaridad, cuando uno de ellos ha llegado a adquirir el carácter de deudor, quedándole a éste el derecho de repetir contra cada uno de sus codeudores por la cuota o parte que respectivamente le corresponda en la deuda, repetición a que no habría lugar en el presente caso, de conformidad con el artículo 1578, porque a Weidman personalmente en nada le aprovechó ni le podía aprovechar el goce del edificio durante el lapso en que tuvo este goce de manera exclusiva la sociedad". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, agosto 19 de 1935).	355, 2ª

CONSEJERO DE ESTADO ELECTO

- 65 -

Basándose el demandante en los artículos 184, 185, 199 y 200 de la Ley 85 de 1916 y en el 1º de la Ley 7ª de 1932, pidió la nulidad de la elección del doctor Miguel Abadía Méndez como Consejero de Estado.

"Resumiendo las argumentaciones de la demanda se tiene que, en opinión de ella, el escrutinio practicado por el Senado fue ilegal por los siguientes motivos: porque al procederse al escrutinio de la séptima lista, formada por los nombres de Isaías Cepeda y Miguel Abadía Méndez, ya no podía tomarse en cuenta el nombre de Cepeda por haber sido elegido en virtud de su colocación en la primera, y por tanto no podía el Senado quitar de la séptima lista a Cepeda para dejar sólo a su compañero, Abadía Méndez; que en la forma del escrutinio practicado resulta Abadía Méndez encabezando una lista, la séptima, cuando fue la intención de los sufragantes la de que ella se encabezara con el nombre de Cepeda, y que el Senado traspasó a Abadía Méndez los votos que Cepeda obtuvo en la séptima lista. La Corte observa: 1º No vale la consideración de que el nombre del doctor Cepeda estaba 'quemado' cuando se llegó en el escrutinio a la séptima lista y que por lo mismo no era susceptible de referencia o alusión o combinación alguna para sacarlo de ella y dejar a su compañero, porque los nombres tienen dentro de cada lista virtualidad propia, cada uno, independientemente de los que los acompañan. El Senado no retiró el nombre del doctor Cepeda para escrutar al doctor Abadía, no hizo combinación para descartar al primero; sino que eligió otro nombre por el cual se había consignado igual número de sufragios. 2º En la forma como se hizo el escrutinio por el Senado no resultó encabezando la séptima lista el doctor Abadía Méndez, contra la intención de los sufragantes de que la encabezara el doctor Cepeda; sino que por estar ya éste elegido, le correspondió al doctor Abadía ser escrutado, lo que no contraría en forma alguna la voluntad de la mayoría de los sufragantes, ya que ella se pronunció, en esa lista, en el sentido de elegir a ambos candidatos, a Cepeda y a Abadía, y no solamente al primero. 3º Al hacer el escrutinio, el Senado traspasó votos de un candidato al otro, en la séptima lista, porque tanto el doctor Cepeda como el doctor Abadía M. recibieron en ella igual número de sufragios, tres Cepeda y tres Abadía; los de Cepeda no se computaron, pero sí los de Abadía, sin necesidad de transferencia alguna de votos. Sobre la cuestión esencial en este fallo, de la escogencia del segundo nombre de una lista por haber sido escrutado el que figura como primero en la de que se trata, el señor Procurador General de la Nación expone razones que están en un todo de acuerdo con las ya consignadas por esta Sala, en su concepto fiscal al cual pertenecen los siguientes párrafos: 'Duda mucho que las listas deban apreciarse como íntegramente afectadas al nombre de quien las encabeza. Si la cabeza de lista tiene un privilegio por el lugar que ocupa, eso no influye, no debe influir en el destino de los otros nombres que la acompañan. Subordinar, fuera de la colocación, los demás nombres que dé una lista a la persona de quien la inicia, es aberrante, es antidemocrático. Lo natural es pensar que quienes votaron esa lista quisieron favorecer en primer lugar al primero

Págs.

de ella y luégo al segundo. Sería democráticamente absurdo que si en la primera lista, el doctor Cepeda no hubiera podido ser elegido, ella, que tuvo diez votos según el acta, fuera descartada para atender sobre la voluntad de diez a la voluntad de tres. Toda interpretación en materias electorales en Colombia tiene que hacerse con espíritu democrático, dando preferencia, en todo caso, a la mayoría. De las nueve listas la mayoría de voluntades se cristalizó en rededor de la primera, la segunda y la séptima listas. La ley dice que la colocación de los nombres se determina por su orden descendente. Si Cepeda, que es el primero en la lista discutida, fue ya elegido, y si la lista tiene derecho a ser favorecida con la elección de uno de sus nombres, éste no puede ser otro que el siguiente, descendiendo, al de Cepeda... Las razones expuestas son bastantes para demostrar la inoperancia de la acción principal de nulidad, y así habrá de declararse". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1907 y 1908, febrero 13 de 1936)..... 463, 1ª y 2ª, y 464, 1ª y 2ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE FERROCARRILES NACIONALES

- 66 -

En juicio contra el Ferrocarril del Pacífico alegó el Procurador General de la Nación como causal de nulidad del juicio el hecho de no haberse tenido como parte en el pleito al Consejo Administrativo de Ferrocarriles Nacionales, debidamente representado aunque en dicho juicio hubiesen representado a la Nación el Fiscal de un Tribunal en primera instancia, y el Procurador en segunda.

"La empresa del Ferrocarril del Pacífico tuvo como representante legal en el pleito en su primera instancia al señor Fiscal del Tribunal Superior, y ha tenido ante la Corte, en esta última instancia, al señor Procurador General de la Nación, en virtud de lo prevenido por los artículos 160 y 176, regla 3ª, de la ley 135 de 1931. Por ello considera la Corte

Págs.

que no hay defecto de representación en este juicio por parte de la empresa del Ferrocarril, por haber llevado únicamente la voz el señor Fiscal del Tribunal Superior y el señor Procurador General de la Nación. Otra sería la situación jurídica si la empresa del Ferrocarril no hubiera podido quedar representada por los funcionarios nombrados, pero ellos ejercieron válidamente la representación de la Nación, dueña de la empresa demandada, sin perjuicio de la representación que al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles le confirió la ley 29 de 1931. El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales fue creado por la ley para administrar los ferrocarriles de propiedad nacional 'con una base comercial' y quizá por eso se le dotó también de personería jurídica para que pudiera intervenir ante los Tribunales cuando lo estimare conveniente; pero esa facultad se le dejó de una manera potestativa, al decir que PODRA PRESENTARSE ante ellos y ejercitar cualquier acción o excepción. De modo que el ejercicio de esa facultad no implica que el señor Fiscal del Tribunal y el señor Procurador General de la Nación no puedan también representar debidamente a entidades que administren bienes pertenecientes a la Nación". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 29 de 1935)..... 260, 1ª y 2ª

CONSULTA DE LA SENTENCIA

- 67 -

Un empleado ejecutor con jurisdicción coactiva ordenó consultar el auto por el cual se declaró que no había fundamento legal para proferir auto ejecutivo a favor de la Nación.

"Por el hecho de que una providencia judicial declare que no es el caso de adelantar una ejecución en que tiene interés la Nación, no puede afirmarse que ella envuelve una obligación contra aquélla, sino simplemente la conclusión de que no está fundada una acción que puede favorecer al fisco nacional. La disposición referida del Código Judicial la

que ha querido es que sean revisadas aquellas sentencias que afecten en forma directa al patrimonio de la Nación, declarando en contra de ésta obligaciones claras y precisas". (1). (Auto, Sala de Negocios Generales, XLII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 28 de 1935).....

Págs. 259, 1ª

CONTRATO DE TRABAJO

- 68 -

En el contrato de trabajo, existen para las partes derechos superiores a los que ellas adquirieron por la convención. Así, por ejemplo, para el patrón, el derecho, basado en el principio constitucional de la libertad de industria, a cerrar su empresa por causas que no sean de carácter antisocial; y para el empleado, el derecho, corolario del principio también constitucional de la libertad de trabajo, a la huelga por motivos no políticos. (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 5 de 1935).

Págs. 408, 1ª

CONTRATO DE TRABAJO

- 69 -

Un obrero que había servido en un ferrocarril por más de veinte años y que tenía más de cincuenta y cinco años de edad, demandó a la empresa para el pago de la correspondiente pensión de jubilación. Condenada la empresa recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal alegando errónea interpretación del artículo 16 del Código Civil, pues el empleado demandante había renunciado implícitamente el derecho a pensión al recibir la suma de $ 2,500 a cuenta de ella.

"La jubilación que reclama Jessup, consagrada por la ley primera de mil novecientos treinta y dos, es una consecuencia del contrato de trabajo, de donde es necesario hacer algunas consideraciones sobre este contrato. La expresión contrato de trabajo no ha entrado en las legislaciones modernas, sino desde fecha relativamente reciente, y ni cuando se expidió el código francés, ni cuando se adoptaron los códigos chileno y colombiano, se tuvo en cuenta tal fenómeno jurídico, que no es de gran importancia. Únicamente se reglamentó el contrato de arrendamiento de servicios, pero con un criterio de convención de carácter estrictamente privado. Fue en 1890, por la ley 27 de diciembre de ese año, que el legislador francés empleó la expresión de contrato de trabajo, y adicionó el artículo 1780 del código civil francés. A esa adición siguieron varias leyes, hasta que en 1910, el 28 de diciembre, fue expedido en Francia el código del trabajo. Este movimiento legislativo, que obedece a causas sociales, cuya realidad es patente, ha sido seguido por casi todos los países, y en lo que atañe a Colombia, se encuentran, entre otras, las leyes 57 de 1915, 37 de 1921, 13 de 1929, 133 de 1931, 48 de 1930, 72 de 1926, 44 de 1929, 86 de 1923, 32 de 1922, 57 de 1926.... El contrato de trabajo, del que vive la mayoría de los hombres, forma la base de la organización actual, económica e industrial, y presentado como un hecho social, tanto por su magnitud, como por su trascendencia, da lugar a un derecho indiscutido hoy, o sea la intervención del Estado no sólo en la reglamentación sino hasta en la ejecución de ese contrato, lo cual pone de manifiesto que no puede considerarse como un mero contrato de derecho privado. Y esa intervención no tiene lugar, por un concepto meramente particular, de protección al obrero, porque también protege al industrial y al patrono, sino por un concepto de interés social, porque la sociedad está interesada no sólo en lo que atañe a la producción, sino en lo que se refiere a los conceptos de salubridad, moralidad, higiene y de justicia social que ampare a todos. De ahí que patrones y obreros no sean absolutamente libres para fijar las horas de trabajo, y que el mismo Estado intervenga para ese fin, hasta modificando y reformando los pactos sobre el particular; de ahí la prohibición terminante de esa clase de contratos, a perpetuidad. Las condiciones que por concepto de

(1) Artículo 508, C. J.

Págs.

higiene y moralidad fija el legislador y a que no pueden renunciar los obreros, ni pueden desconocer los patrones, y la misma limitación o restricción de la capacidad para celebrar esos contratos, como en lo que se refiere al trabajo de las mujeres y de los niños. Todo lo anterior hace ver que el concepto de trabajo entra dentro del concepto, que no puede definirse pero sí puede señalarse, de orden público, el cual comprende no sólo todo lo que constituye el régimen político del país, lo que reglamenta la organización de las atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, sino también todas las normas jurídicas, fundadas en una consideración de interés general, en que se encuentran comprometidos los mismos intereses particulares; por eso las mismas leyes de derecho privado pueden interesar al orden público, como las que reglamentan la capacidad de las personas y las que conciernen a la organización y trasmisión de la propiedad privada. El contrato de trabajo, dada su categoría especial, su misma naturaleza, tiene ciertas consecuencias que no se deducen de otras convenciones, y una de ellas es la que en ciertas condiciones y mediante el cumplimiento de ciertas circunstancias, constituídas por el tiempo, y la buena conducta, nace al terminarse el contrato y por el hecho de la misma terminación, una vinculación jurídica entre la empresa o el patrón y el obrero, y esto es lo que da nacimiento a las pensiones y jubilaciones. Varios son los fundamentos filosóficos y jurídicos de esa relación, a saber: en el trabajo humano hay dos cualidades que son la personal y la necesaria; la personal porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona, propia de ésta y para su utilidad; la necesaria, porque del fruto de su trabajo necesita el hombre no sólo para subsistir, sino también para la subsistencia de las personas a quienes por la ley, o por la moral debe sostener. Siendo imposible el trabajo indefinido del hombre, por agotamiento de sus fuerzas materiales o intelectuales, resulta que perdida la cualidad personal del trabajo, subsiste la otra, de donde se desprende que teniendo obligación el obrero o empleado de sostenerse y de sostener a los suyos, quedaría eliminada la segunda cualidad, si terminado el contrato de trabajo por la extinción de la primera cualidad apuntada, no quedara una vinculación jurídica que se traduce en una obligación entre la empresa o el patrón y el obrero o empleado, que por largo lapso llevó su esfuerzo personal a la empresa o fábrica que se aprovechó de él, y entonces, por un principio de equidad y porque subsiste la segunda cualidad mencionada, surge el concepto de pensión o jubilación para el empleado u obrero. Pero hay más; es la sociedad, es el mismo Estado los que están interesados en el reconocimiento y efectividad de esas pensiones, desde luego que incapacitado el trabajador o el empleado para seguir trabajando, está en incapacidad para sostenerse y sostener a los suyos, y no pudiendo ni el Estado ni la sociedad permanecer indiferentes ante semejante situación, los conceptos de caridad o de asistencia pública tienen que exteriorizarse para dar protección y sostener a esos desvalidos, lo cual se traduce en una carga más para los particulares, para la sociedad y para el Estado. Enfocadas así las cosas, se comprende que el derecho a la jubilación no puede entrar dentro de la categoría de los derechos privados, de que trata el art. 15 del C. C., porque el derecho a una jubilación no mira únicamente al interés particular, sino al interés de terceros, como son las personas a quienes tiene que sostener el empleado y el obrero y también al interés social. Siendo así las cosas, ese derecho entra dentro de la categoría establecida por el artículo 16 del C. C., y así lo estimó el Tribunal fallador, por donde la Corte concluye que no hubo indebida aplicación del artículo 15 del C. C., o sea que la acusación contra la sentencia no puede prosperar". Salvó su voto el Magistrado doctor Juan Francisco Mújica en cuanto a las consideraciones filosóficas que contiene la parte motiva de la sentencia. (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo

Págs.

Págs.

25 de 1936)..... 622, 1ª y 2ª, y 623, 1ª y 2ª

CONTRATO FIDUCIARIO.
CONTRATOS EN GENERAL.

- 70 -

Los herederos de un asegurado demandaron el pago del valor del seguro. En el recurso de casación que intentaron contra el fallo que absolvió a la compañía aseguradora alegó ésta, en su carácter de opositora, que la póliza del asegurado había sido cedida a título de venta y no a título de prenda sobre el préstamo que la compañía le hizo de una suma de dinero. Dijo la Corte:

"Aplicando el artículo 1622 del Código Civil es decir, interpretando armónicamente el contrato según su espíritu y sus términos, para la Corte significa en síntesis lo siguiente: La compañía le prestó a mutuo al asegurado Barth $ 2,400 oro, con interés al 8 por 100; el deudor dio como seguridad o garantía su póliza de seguros y se verificó el contrato de prenda, entre la compañía y el beneficiario, y por esto le entregó a aquél el título; el asegurado sabía cuándo, dónde y en qué forma debía pagarle a la compañía; el beneficiario sabía que podía correr la contingencia de que por la acumulación de los intereses, éstos sumados al dinero que recibió, cubrían el valor de la póliza y la compañía sabía, de acuerdo con la cláusula 5ª del contrato, que tenía que pagar el valor de la póliza, previo descuento del préstamo que hizo al beneficiario juntamente con sus intereses. Dadas la importancia y extensión, en esta época de contratos similares al que da origen a la excepción que se estudia, cree la Corte del caso hacer algunas observaciones generales sobre esta clase de pactos. A causa de que en Colombia, como en otros muchos países, rige el principio de la libertad contractual, se da el caso de que existen contratos no regulados como típicos en el Código Civil. A esos contratos llamados ATIPICOS se les debe contemplar con el criterio analógico de los típicos convencionales más afines, o aplicándoles los principios generales de las obligaciones, o en último caso, guiándose por los principios generales de derecho, pero en ningún caso aun cuando el contrato atípico permita por su contenido subsumirlo dentro de un determinado tipo de convención regulada por la ley, no pueden aplicarse inflexiblemente las normas establecidas por el contrato regulado legalmente cuando el fin o el contenido del atípico se desvían del normal, porque, se repite, la voluntad libre de las partes tiene amplios límites para resguardarse y debe respetársela. Acontece en la vida económica y comercial que varios tipos de contrato se combinan por la voluntad de las partes. A esta manera de configurarse los derechos contractuales por las partes se les clasifica en contratos unidos y contratos mixtos. Las uniones de contratos se subdividen: a) unión simplemente externa, cuando los contratos se unen simplemente en su forma externa, en el acto de su conclusión, por ejemplo, por la forma escrita; b) cuando dos o más contratos completos, unidos exteriormente, son admitidos como un todo. Esto es, que las partes por su voluntad los han colocado en situación de recíproca dependencia, o de manera que un contrato dependa de otro y no al contrario; c) cuando los contratos se unen alternativamente por la voluntad de las partes, de suerte que la existencia de uno de ellos depende de que se cumpla o no una determinada condición. Ejemplo: se toma en arrendamiento una casa por un año, pero para el caso de que el arrendatario contraiga matrimonio dentro de los tres meses, se compra la finca. Los contratos mixtos se caracterizan porque aparecen como un contrato unitario, pero sus elementos esenciales de hecho se hallan regulados en la ley. Estos se subdividen: a) en contratos combinados. Uno de los contratantes contrae varias obligaciones, las cuales corresponden a diversos tipos de contrato y la otra se obliga a una prestación única; por ejemplo, el contrato que celebra una persona al comprar una localidad de un teatro con el dueño

del espectáculo, con la condición de que dé éste determinadas funciones; el contrato de transporte de personas en buques fluviales o marítimos; b) los contratos mixtos, en sentido estricto, los cuales contienen un elemento que representa un contrato de otro tipo; por ejemplo, la compraventa de una parte de una finca a un precio más bajo del normal, a cambio de la obligación de administrarla en su totalidad; c) contratos de doble tipo, o sea cuando el total contenitivo de la convención se subsume en dos tipos distintos de contrato; por ejemplo, se contratan los servicios de una persona por un artesano, a cambio de enseñarle éste su arte; d) existen también los contratos típicos con obligaciones subordinadas de otra clase. Se caracterizan en que el contenido principal de ellos, considerado en su conjunto, se subsume en el tipo de convenciones reguladas por la ley, pero contiene una obligación que aun cuando subordinada al fin principal, se regula por otro tipo de contrato, por ejemplo, la compraventa de géneros con la obligación de devolver su empaque. Naturalmente, en esa breve síntesis, no se dan, por ser innecesarias a la materia del pleito, los criterios con que se deben juzgar cada una de esas especies de contrato. Mas el que se estudia, el que da margen a la presente excepción, el de 16 de febrero de 1931, que figura al folio 16 del cuaderno principal, cae bajo alguna de las clasificaciones que se acaban de hacer y es en el fondo lo que hoy se llama un contrato de fiducia; el elemento BONAE FIDEI es la base de él. El contrato fiduciario trasmite un derecho para un fin económico que no exige tal transmisión ni el desprendimiento real y efectivo del dominio. Y esto no es absolutamente nuevo, y basta observar que el artículo 1806 del código civil contiene una regulación fiduciaria para fines de administración. En el derecho romano la enajenación fiduciaria servía en el derecho del patrimonio para funciones múltiples, por ejemplo, para realizar una fianza, una prenda, un depósito, o un préstamo de uso. El propietario, a fin de realizar el negocio, transfería la propiedad de su cosa a la otra parte, a quien se obligaba a devolvérsela, cuando la extinción de la deuda garantizada, en el caso de prenda; a la extinción del plazo para el cual se había prestado, como en caso de préstamo; en el momento en que el depositante reclamara la cosa, como en el caso de depósito. Este contrato debe su nombre a que la eficacia de él se apoya en la fides del deudor, porque solamente con posterioridad a la ley Aebutia se dió al enajenamiento con fiducia acción para reclamar la cosa en el momento convenido. No puede ponerse en duda, dado el principio de la libertad contractual, la validez del negocio fiduciario, el cual se celebra generalmente para fines de administración y sobre todo para garantizar un préstamo, que es el caso preciso del contrato que da asidero a la excepción que se estudia, y también para cobrar un crédito. Característico del contrato de fiducia es el de que el efecto jurídico consentido por las partes excede al fin económico que se han propuesto ellas; así, pues, el fiduciario se convierte en propietario de la cosa, pero económicamente debe conducirse como un administrador, o como un acreedor prendario, o como un mandatario; esto es, el propietario fiduciario debe mantener esa propiedad adquirida dentro de los términos de la confianza depositada en él: BONA FIDES. Aun cuando no es el caso de estudiar las consecuencias del negocio fiduciario en relación con terceros, es necesario advertir que si el fiduciario, abusando de la confianza depositada en él, transmite el derecho adquirido, esa transmisión es válida, con respecto al tercero de buena fe, pero entre las partes el fiduciario no puede ser considerado respecto del fiduciante como propietario o titular del derecho, sino simplemente como administrador, acreedor prendario o mandatario, y tal es el caso de la compañía demandada en este pleito, respecto de la cesión de la póliza. A la cesión fiduciaria de un crédito hecha para otorgar al acreedor una caución, debe aplicársele las normas del derecho de prenda, en virtud de las cuales éste se extingue junto con el derecho que garantiza, y se aplican esas normas en este ca-

Págs.

so, porque en los negocios jurídicos en donde no existe dolo, pero que llevan a un resultado económico que excede a su fin, se les aplican en lo posible las disposiciones legales de las instituciones o figuras jurídicas, que sirven para satisfacer el fin realmente propuesto. Y en la cesión fiduciaria de un crédito, con fines de garantía, el fiduciario, respecto del fiduciante, NO ES PROPIETARIO. El contrato fiduciario, o de fiducia, y no está por demás observarlo, no es simulado, porque es realmente querido por las partes, en el efecto jurídico, en el fin económico y en el consentimiento es real. Naturalmente que lo dicho sobre la aplicabilidad de las normas sobre prenda, no puede entenderse en un sentido absoluto, sino que cada una de las distintas etapas del negocio debe juzgarse como corresponde a la respectiva faz. En vista de todo lo anterior, la Corte no puede dar por probada la excepción que se estudia, y como no está establecido y ni siquiera se ha alegado que el préstamo hecho a Barth, sumados los intereses devengados, sea superior o exceda del valor de la póliza, claro es que queda una diferencia, siempre a favor de los demandantes, que son los beneficiarios". (Lo anterior lo expuso la Corte ya en instancia, por haber de casar la sentencia recurrida). (Casación, XLIII, número 1904, marzo 24 de 1936). ..... 73, 2ª, 74, 1ª y 2ª, y 75, 1ª

COPIAS EN PAPEL CARBON

- 71 -

En el fenecimiento de unas cuentas dedujo la Contraloría un alcance a un pagador, por haber remitido copias en papel carbón de los comprobantes del pago de jornales. Seguida la ejecución por el alcance deducido al pagador, éste opuso la excepción de pago, que prosperó.

"..... En cuanto a la excepción de pago, se observa que habiéndose fundado la glosa de la Contraloría en el hecho de que el responsable no remitió los comprobantes originales sino en copias al carbón, no puede deducirse de aquí que el pago no se haya efectuado, y aberrante sobremanera sería hacer efectiva una cantidad que en realidad de verdad se ha desembolsado para su destino natural por un funcionario público. Si tal se hiciese, habría un enriquecimiento injusto de la Nación". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1907 y 1908, febrero 26 de 1936). 487, 2ª

CORPORACIONES

- 72 -

Se había demandado al municipio de Bogotá para el pago de la indemnización de los perjuicios causados por una avenida del río San Francisco en una casa que fue destruida a consecuencia de la inundación que produjo la avenida. Condenado el municipio recurrió en casación el Procurador General de la Nación alegando, entre otros motivos de casación, el de violación del artículo 640 del Código Civil.

"La Corte considera: I. Según el artículo 640 del Código Civil, los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites sólo obligan personalmente al representante. Esta disposición legal, invocada por el recurrente, nada tiene qué ver con los distritos ni con la culpa extracontractual. Se refiere exclusivamente a las corporaciones, especie de personas jurídicas distinta de la a que pertenecen los municipios. Los artículos 633 del Código Civil y 80 de la Ley 153 de 1887 no dejan duda alguna sobre el particular, aparte de que los municipios son siempre personas de derecho público, al paso que las corporaciones lo son siempre de derecho privado. Y exclusivamente mira a actos y contratos, para repetir el principio, varias veces consignado en el código, de que el representado contrae obligaciones por voluntad del representante en cuanto el ejercicio de la representación no rebase las facul-

Pág.

den anexas a ésta. Por tanto, al admitir el tribunal la tesis de que el distrito de Bogotá se hizo reo de culpa extracontractual, no infringió el artículo 640 del Código Civil, como lo sostiene el recurrente. Véase la sentencia de la Corte sobre perjuicios morales, de 21 de julio de 1922". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, mayo 26 de 1936). 584, 1ª

COSA JUZGADA

- 73 -

En un juicio ordinario contra el Departamento de Cundinamarca opuso la parte demandada la excepción de cosa juzgada que basó en auto ejecutoriado proferido en un juicio ejecutivo seguido entre las mismas partes.

"Reza el artículo 467 del Código de Procedimiento Civil: 'Los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio.' La providencia del Tribunal que declaró el pago efectivo hecho por el Departamento, extinguió automáticamente la acción e hizo imposible la prosecución del juicio. Fue una sentencia, habida consideración no de la forma sino de la fuerza de que estaba dotada. Ahora bien: teniendo la calidad de sentencia podía estar sujeta su validez a debate posterior o engendraba por sí misma y para siempre la excepción de cosa juzgada? El artículo 473 de la misma obra establece: 'La sentencia firme dada en materia contenciosa tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que la sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley'. Preceptúa algo la ley para el caso que se contempla, o guarda silencio? Dice el artículo 1030, ibídem: 'La sentencia de excepciones y la de pregón y remate no fundan la excepción de cosa juzgada, y en consecuencia, pueden revisarse por la vía ordinaria'. Cuál fue la intención del legislador al consagrar el principio transcrito, o mejor, cuál es el alcance natural y obvio que el juez debe otorgarle al texto? Como con todo acierto lo expone el Tribunal y la Corte prohija, pueden presentarse en el juicio ejecutivo dos situaciones procedimentales distintas: o el ejecutado no discute la existencia de la obligación o entra a hacerlo en todo o en parte mediante el procedimiento de excepciones. En el primer caso nuestra legislación procesal da el nombre de sentencia a la resolución que ordena rematar los bienes embargados y pagar con su precio el crédito. En el segundo, el fallo decide sobre lo principal del juicio, esto es, sobre la existencia misma de la obligación materia de él, y merece con más propiedad el nombre de sentencia. Sería contrario a toda lógica procedimental el que un auto interlocutorio por el cual se finaliza un proceso tuviera más fuerza que la sentencia definitiva que hubiera recaído a la demanda. Cierto es que la ley no ha dicho expresamente que el auto interlocutorio que declara terminado por pago el juicio ejecutivo es revisable en juicio ordinario. Pero al decir que este auto tiene fuerza de sentencia, ha querido el legislador referirse a la sentencia del respectivo juicio, y por consiguiente, a la sentencia de excepciones en el caso de que se trata. Luégo si ésta no genera cosa juzgada en juicio ordinario, tampoco podía generarla el auto que debe producir los mismos efectos de la sentencia de excepciones. Queda establecido, pues, que el auto aprobatorio del pago tiene la misma fuerza que hubiera tenido una sentencia de excepciones. Y no vale argüír, como lo hace el recurrente, que si hay un ilogismo en el Código por expresar en un artículo que los autos interlocutorios tienen fuerza de sentencia cuando dan término al juicio, y por no señalarles en otro referentes al ejecutivo la misma capacidad a estos autos que a las sentencias de ser revisables por la vía ordinaria, es culpa del legislador, porque es misión del intérprete, en virtud de claros principios de

Págs.

hermenéutica, desentrañar el sentido de los textos legales, procurando que entre todos ellos haya la debida correspondencia y armonía". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1909 y 1910, marzo 17 de 1936). ..... 684, 2ª y 685, 1ª

COTEJO DE LETRAS O DE FIRMAS

- 74 -

El principio de la libre apreciación judicial de la prueba de cotejo lo consagra expresamente el artículo 656 del Código Judicial. Los artículos 702 y 704 de la misma obra son también reflejo de aquel principio, el cual no se toma en el sentido de que la libertad dada al juez para apreciar la prueba consiste en el mero arbitrio de éste, sino que el patrón objetivo que vinculaba al funcionario en el antiguo derecho procesal, ha sido sustituído por el subjetivo que permite al juez un margen de actuación encuadrado dentro de las nociones de la ciencia de la prueba, a fin de que él mismo forme su convencimiento. El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, pero como la verdad que se busca es relativa, en las disposiciones transcritas, la ley no sujeta al juez, como anticientíficamente lo hace en otras ocasiones, a determinadas pautas en la elaboración de su convencimiento. (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, abril 18 de 1936). 764, 2ª

CUERPO DEL DELITO

- 75 -

En un proceso por heridas se había alegado en casación la causal tercera del artículo 3º de la ley 118 de 1931, por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"A este respecto, el señor Procurador delegado se expresa así: 'Consiste el cargo, según el recurrente, en que el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen científico rendido por los médicos legistas de Ibagué para acoger la exposición de otros peritos empíricos, no graduados en medicina, quienes le asignaron a los heridos una incapacidad más grave que la fijada por los facultativos, fuera de otras consecuencias, también de carácter grave. Como se ve, la causal en esa forma no es pertinente, porque el señor apoderado no ataca la existencia misma del delito de heridas, que sería el caso de esta causal, sino el tiempo que duraron incapacitados los heridos y las lesiones que les quedaron. Tal discusión mira únicamente a la aplicación de la ley penal, ya que el hecho criminoso y punible que constituye el delito, no es desconocido por el recurrente'. La Sala acoge este razonamiento; pero con el bien entendido de que en sentir de la Corte, el error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito no sólo puede ser causal de casación cuando se alega la inexistencia del hecho criminoso, sino también en el caso de que aun aceptándola, el fallo contemple el delito en condiciones que erróneamente haga variar su naturaleza genérica. De ahí que el tercer inciso del artículo 4º, ley 118 de 1931, indique a la Corte dos soluciones distintas para cuando prospere esta causal: Absolver al procesado, o devolver los autos a la autoridad competente para que ésta conozca, si a juicio de la Corte se hubiere cometido otro delito". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 2 de 1936) 655, 2ª

CUESTIONARIO

- 76 -

Ante un Jurado había propuesto un Juez Superior tres cuestionarios: el primero sobre la responsabilidad que pudiera tener el acusado por las heridas que le produjeron la muerte a la víctima, el segundo por las heridas causadas a otro individuo y el tercero, referente al primero, que preguntaba si el acusado había cometido los hechos mencionados con sevicia, ferocidad y sangre fría o con alguna de tales circunstancias.

"El artículo 79 de la ley 100 de 1892 dice que al interrogatorio principal debe agregársele otro, cuando

Págs.

el juicio verse sobre alguno de los seis primeros delitos de que hablaba el artículo 29 de la Constitución, subrogado por el artículo 3º del Acto Legislativo Nº 3 de 1910. Luego el Juez al formular esta tercera cuestión al Jurado (que parece referirse a circunstancias de asesinato), se apartó de esta disposición legal, y desatendió puntos capitales del auto de proceder". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 24 de 1936) 651, 2ª

CURADOR DEL DEUDOR QUE SE OCULTA

- 77 -

Se había pedido que se declarara la nulidad del nombramiento de curador para el deudor que se había ocultado y basaba su petición el apoderado del ejecutado en que no se había comprobado sumariamente la ignorancia del paradero de su poderdante.

"Como fácilmente se nota, el nombramiento de curador no se hizo por ignorarse el paradero del señor Durán, sino porque se ha estimado que hubo ocultación. El artículo 1001 del Código Judicial actual permite, previa la comprobación de la ocultación, nombrar un curador provisional sin necesidad de emplazamiento, pues el curador definitivo, si llega el caso, se nombra para la notificación del auto ejecutivo antes de la citación para sentencia de pregón y remate. Dicha disposición armoniza con el artículo 562 del Código Civil, que autoriza el nombramiento de curador de bienes al ausente, comprendiéndose entre éstos al deudor que se oculta. Armoniza también esa disposición con el artículo 137 del mismo Código Judicial, el cual dice en su inciso segundo: 'Si el demandado se oculta, el Juez, previa comprobación sumaria del hecho, le nombra un curador para la litis'. Sobre esto dijo la comisión revisora en su exposición de motivos: 'El inciso segundo del artículo 316 (hoy el 317 del Código), provée lo conveniente para el caso muy común de que el demandado se oculte; pues ordena el nombramiento de curador para la litis, previa comprobación sumaria del hecho, sin recurrir al emplazamiento que siempre es dispendioso'. Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce. El señor Durán, que según él es vecino de Sogamoso, residía allí habitualmente con su familia, pero tenía su hacienda en jurisdicción de Firavitova. Una persona puede tener dos domicilios, según el artículo 78 del C. Civil. Pero si Durán tenía su domicilio, ¿dónde tenía su paradero? Unas veces en Firavitova y otras en Sogamoso... De todos estos hechos comprobados surge la convicción de que el señor Durán no se dejaba ver ni sentir por parte alguna. Luego podía reputársele como ausente, al tenor del artículo 562 del Código Civil y del 1001 del Código Judicial". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 14 de 1936) ..... 691, 1º y 2ª

D

DEBERES DE LOS SECRETARIOS

- 87 -

- Véase: SECRETARIO. (La doctrina que empieza: "Un secretario de un tribunal omitió, etc...).

DELEGACION POR EL MANDATARIO

- 73 -

El opositor de la parte actora recurrente en un juicio sobre pago de un seguro sostenía que nada valía la manifestación del secretario de la compañía demandada acerca de la no caducidad de la póliza, porque el secretario no estaba autorizado para hacer esa manifestación.

"El gerente de la compañía demandada es mandatario de ésta, y según su propia confesión, autorizó al señor Jaramillo, secretario de la

Págs.

compañía, para firmar las cartas referentes a los asuntos de los asegurados, con lo cual se verificó el fenómeno de la delegación de que trata el artículo 2161 del Código Civil y por lo tanto el mandatario, o sea el gerente, responde en su calidad de tal, es decir, por la compañía que representa, como si él mismo hubiese ejecutado esos actos; y cabe observar que no podría aplicarse al caso de este litigio el artículo 2162 del dicho código, por cuanto el gerente de la compañía demandada en Bogotá, ha confesado que autorizó expresamente al delegado Jaramillo para tener al corriente a los asegurados del estado de los asuntos y para firmar las cartas que con relación a esos asuntos se les dirijan". (Casación, XLIII, Nº 1904, marzo 24 de 1936) .... 68, 1ª y 2ª

DELITO CONTRA EMPLEADO PUBLICO

- 80 -

Los elementos integrantes del delito contra la persona de un empleado público son: la calidad de tal y el haberse cometido el delito contra él por razón de esa calidad, es decir, que el atentado se haya efectuado por causa del ejercicio actual o de un ejercicio anterior al delito, de las funciones oficiales de la víctima. (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, mayo 19 de 1936) 221, 1ª

DEMANDA

- 81

Alegaba en casación el demandado en un juicio de reivindicación que el actor no había citado expresamente un artículo del Código Civil, en el cual estribó su derecho para reivindicar, y que por esa razón la sentencia era incongruente con lo pedido en la demanda.

"La falta de citación por parte del demandante del artículo 949 del Código Civil, no puede tomarse como carencia en la demanda del derecho, causa o razón de ella. Este último es lo que se llama causa de pedir, la cual nunca viene fijada en los fundamentos de derecho. Estos no son materia de prueba, ni invariables en el curso del litigio, ni el Juez está obligado a sujetarse a ellos. Aún más, los fundamentos del derecho pueden ser incongruentes y absurdos, lo cual no impide que prospere la demanda, siempre que la causa de pedir se exprese en ella. En la demanda que se estudia la CAUSA PETENDI y la intención o súplica de ella son una misma cosa". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 2 de 1935) 162, 2ª

DEMANDA.—CAUSA PETENDI

- 82 -

Se había pedido la reivindicación de unos bienes raíces y prosperó la acción. En casación alegaba la parte demandada, para demostrar la incongruencia, que la demanda no había citado cierta escritura ni había sido acompañada con el libelo que presentaron los actores.

"Ellos designaron claramente las cosas objeto de la reivindicación así como el derecho, causa o razón porque demandaron. En oportunidad dedujeron sus pretensiones, de las cuales no se apartó el fallo recurrido. No estaban obligados a presentar inicialmente todas las pruebas. Expresaron con nitidez su CAUSA PETENDI, es decir, el hecho jurídico que constituye el fundamento del derecho que reclaman en juicio. La CAUSA PETENDI no debe confundirse con las pruebas ni con las razones que apoyan determinada tesis. De modo que no cambia porque en el curso del debate se apoye en documentos o en razones no aducidos en la demanda inicial. La labor probatoria y la de razonamiento son apenas medios de que se valen los actores para poner de relieve el hecho jurídico en que fundan su demanda". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, agosto 12 de 1936) 608, 1ª y 2ª

DEMANDA CIVIL

- 83 -

Las exigencias de los artículos 208 y 737 del Código de Procedimiento

Págs.

Civil, no fueron hechas con un criterio simplemente formal, porque ello significaría una absurda regresión a los primitivos tiempos romanos del derecho enclaustrado en las fórmulas sacramentales. Como la demanda civil es el acto de quien, necesitado de protección jurídica, solicita una sentencia favorable a él, tales exigencias sólo tienen el sentido material que les comunica la finalidad misma de la demanda. Si se considera que el derecho a la protección jurídica del Estado lo es en cuanto aquél no está sometido al arbitrio de éste, sino que se exige como cumplimiento de un deber suyo, aparece entonces indispensable que el contenido de la demanda se regule conforme lo previnieron los citados artículos, para poder determinar, en cada caso, la obligación concreta del Estado, en su calidad de sujeto tanto del poder como del deber judicial". (Casación. XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 30 del 936) ... 751, 2ª y 752, 1ª

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD

- 84 -

El artículo 41 del Acto Legislativo número 3 de 1910, que establece la acción pública para acusar ante la Corte las leyes y decretos inconstitucionales, se limita a señalar los motivos de la acusación y las personas que pueden ejercitarla. La Corte ha interpretado con amplitud esta disposición para no hacer nugatorio con un rigorismo procedimental el derecho de los ciudadanos. Hasta que se determinen con claridad la disposición o disposiciones constitucionales que se consideren infringidos y que se expongan además los motivos que fundamentan la acción, para que se deba admitir la demanda, sin que sea necesario sujetar ésta a las ritualidades procesales exigidas para las demandas civiles en general. ... Si en la demanda de inconstitucionalidad se encuentran peticiones que no se conforman con las atribuciones de la Corte, o apreciaciones inconducentes, es en el fallo definitivo donde se deben desglosar estas cuestiones, limitando las declaraciones de esta entidad a los puntos que sean pertinentes. Pero si se niega el curso de la demanda por contener en su texto solicitudes que no son del resorte de esta corporación, se corre el riesgo de perjudicar la acción de inexequibilidad planteada con claridad en el libelo. (Auto de la Corte Plena, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 5 de 1936) ..... 709, 1ª y 2ª

DEMENTES

- 85 -

Véase: ACTOS JURIDICOS DE LOS DEMENTES.

DEMORA EN LA DEVOLUCION DE LOS AUTOS

- 86 -

Falló un Tribunal condenando al demandado al tenor de lo pedido en la demanda, por haber demorado la devolución del proceso. Recurrió en casación alegando violación del art. 381 del Código Judicial.

"El código vigente hoy establece también la sanción de fallo adverso para el moroso; pero no en el caso de haberse devuelto el proceso antes de dictarlo. En efecto, ese artículo discrimina en sus cuatro numerales el caso de falta de devolución por parte del demandante y por parte del demandado, según ocurra en primera o segunda instancia, y va disponiendo en cada caso cómo se dicta aquella sentencia. Y en esos numerales y en sus varios restantes incisos parte de la base de que el juzgador al sentenciar no tiene el expediente a la vista porque no se le ha devuelto. El código actual, a diferencia del anterior, no contempla el caso de devolución del proceso antes de la sentencia para sancionarlo en la forma que viene viéndose. También, a diferencia del anterior, el Código hoy vigente se abstiene de ordenar que la sustanciación del recurso sea simplemente la de auto interlocutorio. Y también, a diferencia del anterior, el código actual se abstiene de prevenir que la revisión se reduzca y concrete a establecer si

Págs.

la sanción impuesta por el inferior estuvo bien aplicada. Todo esto conduce a reconocer que el código procedimental vigente no incluye el caso de devolución anterior a la sentencia dentro de aquellos castigados con una adversa al moroso, y que, por tanto, es erróneo incluir bajo la sanción del citado artículo 381 un caso como el presente, en que el Tribunal al sentenciar tenía a su disposición el proceso. La referida copia no puede entenderse encaminada a suplantar el proceso. Simplemente lo suple en la mira de que la mora en devolverlo impida decidirlo, como se ha visto. La mora queda castigada con la prohibición de volver a secarlo y además, en su caso, con la referida multa; pero si aquélla no ha llegado al extremo de que a la hora de sentenciar, por no tener el juzgador el expediente, haya de hacerlo sobre la copia, no puede aplicarse la sanción adicional de sentencia adversa con prescindencia del expediente, que si se tiene ya a la vista, y con el motivo de una ausencia total de devolución en que no se ha incurrido. La devolución, por tardía que sea respecto del requerimiento, si es anterior a la sentencia, hace que no se produzca la situación contemplada por la ley cuando ordena que se proceda a sentenciar sobre la copia; y si con ser la devolución anterior a la sentencia basta para que, contándose con el expediente, aquella situación no se produzca, es claro que por el mismo hecho falta la causa de esa nueva sanción y por lo mismo debe faltar el efecto, es decir, debe faltar la sentencia precisamente condenatoria para el moroso y pronunciada sobre la sola copia a que prevé el citado artículo 381. En otras palabras: no puede procederse del mismo modo cuando no se ha devuelto el proceso que cuando sí se ha devuelto. Nótese que se trata de una disposición de orden excepcional y punitivo, lo que obligaría a interpretarla en sentido restricto, si de interpretarla se tratase; pero ya se ha visto cómo para reconocer que no contempla ni incluye dentro de la sanción en ella misma establecida el caso en que el proceso sea devuelto antes de sentenciar, basta referirla atentamente. En obsequio de la claridad de los conceptos aquí expuestos acerca del artículo 381 tantas veces citado, cabe advertir que, por su visible diferencia con casos como el del presente pleito, no se ha tratado aquel aludido inciso 2º del artículo 4º de esa disposición, que sugiere la posibilidad de ser innecesaria la copia. De ello daría ejemplo, v. gr., una sentencia del juzgado absolutoria del demandado y una demora del demandante apelante en devolver el proceso al extremo de no hallarse éste en el Tribunal al dictarse la de segunda. Para esto, que se haría confirmando el fallo apelado, la copia sería innecesaria. También en obsequio de la precisión de lo aquí expuesto sobre el artículo 381, debe hacerse presente que, por estimarse innecesario, no se ha comentado ni traído a cuento su aplicabilidad en el recurso de casación, acerca de lo cual su inciso final es terminante". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, septiembre 30 de 1935)..... 155, 2ª; y 156, 1ª y 2ª

DEMORA EN LA DEVOLUCION DEL PROCESO

- 87 -

Por haber demorado el actor en un juicio la devolución del proceso, se absolvió al demandado de los cargos de la demanda. Recurrió en casación acusando el fallo por indebida aplicación del artículo 381 del C. J.

"De las varias penas impuestas por la ley de procedimiento civil a los litigantes por la falta de devolución y por la entrega tardía de un expediente, dentro de una graduación progresiva que empieza con el artículo 379 hasta la que fija el 383, es la de mayor trascendencia para la suerte del litigio la del 381 del código citado, a cuyo estudio se concreta la Corte, considerando:... Concretándose la Corte al caso del ordinal 1º del artículo 381, que regula el caso de que sea el demandante quien retiene el expediente en cualquier estado e instancia del juicio, se observa que la ley no valo del

Págs.

presente de indicativo del verbo RETENER con relación al momento en que el Juez ha de dictar sentencia y no contempla el caso de que la parte ya haya devuelto el expediente cuando el Juez la dicta: 'Si el demandante es quien RETIENE el expediente en cualquier estado del juicio, SE DICTA sentencia....', dice el ordinal 1º. El ordinal 2º usa la misma forma verbal para igual emergencia referente al demandado: 'Si es el demandado.... quien NO DEVUELVE el proceso, SE DICTA sentencia...', dice. Tampoco, pues, prevé el ordinal 2º el caso de que cuando el Juez dicta sentencia ya haya devuelto el proceso el demandado, y por eso, por cuanto supone que éste no ha sido devuelto todavía, ordena que para dictar el fallo se tome como base la copia de la demanda que debe existir en la oficina, precaución que sería innecesaria si la ley hubiera querido referirse al caso de que en el momento de dictarse la sentencia del Juez tenga ya a su disposición el expediente mismo. La pérdida del pleito como pena o sanción la impone, pues, la ley al demandante o demandado que, en las ocasiones previstas por los numerales 1º y 2º del artículo 381, no hayan devuelto el proceso cuando el Juez dicta la sentencia, pero no cuando ya lo hayan devuelto en el momento de sentenciar, y en uno y otro caso, vencidos ya, es claro, los tres días posteriores al requerimiento. La multa con que el Juez conmina a la parte renuente en el auto de requerimiento es una sanción distinta a la de pérdida del pleito, y se aplica a la parte morosa que devuelve el expediente fuera de los tres días pero antes del fallo. Con la imposición de multas se persigue una finalidad: que no haya demoras, y esa finalidad se llena con la devolución del expediente por parte del multado; la pérdida del pleito sería entonces una segunda pena contraria al principio NON BIS IN IDEM. La pérdida del pleito sanciona algo más, la contumacia del que, a pesar de la multa con que se le conminó, no ha devuelto el expediente todavía cuando el Juez dicta la sentencia, y entonces, para no imposibilitar el fallo, es precisamente cuando sirve la copia de la demanda que debe existir en la oficina. Cuando la parte devuelve el expediente antes de que el Juez dicte el fallo, los términos del juicio continúan, pero aquélla ha sido castigada tanto con no poder sacar otra vez los autos de la secretaría, según el artículo 379, como con la multa del 380, y aun con la posibilidad del pago de perjuicios si los ha causado a los otros litigantes, que prevé el 383. Podría argüirse que la ley, así interpretada, deja en manos del Juez de la causa un cierto poder discrecional en virtud del cual es posible que se apresure a fallar el negocio antes de que la parte renuente devuelva el proceso, o al contrario, que demore el fallo más del tiempo que al efecto le señala la ley en espera de que la parte lo devuelva. Pero cabe contraobservar entonces que el Juez que dicta un fallo dentro del primer día del término que tiene al efecto, obra con la misma autoridad que si lo dictara el último día del mismo término, además de que la ley, prevalida de la imparcialidad y rectitud del Juez, en muchas ocasiones le confía la solución de delicadas situaciones en que se colocan las partes en la secuela del juicio; y a éstas les brinda recursos en derecho para corregir la actuación del Juez A QUO. Tampoco se priva a las partes de la seguridad del procedimiento judicial en cuanto tienen derecho a esperar en cada oportunidad legal el respectivo pronunciamiento del Juez y a hacer uso de todos los términos y recursos procesales, porque, dentro de la interpretación que la Corte le ha dado al artículo 381 del C. J., devuelto el expediente antes de dictarse el fallo, se siguen aplicando todas las ritualidades procedimentales. El Tribunal sentenciador no apreció este aspecto del artículo 381 del C. J. sino que lo aplicó para sancionar con la pérdida del pleito la devolución del expediente hecha antes de dictarse el fallo aunque después de vencido el término del requerimiento. En ese caso, según lo dicho, lo procedente es la multa. Por ese motivo de aplicación indebida ha de casarse el fallo por la Corte". (Casa-

Págs.

Págs.

ción, XLIII, Nos. 1907 y 1908, octubre 9 de 1935)..... 367, 2ª, y 868, 1ª y 2ª

DENOMINACION GENERICA DEL DELITO

- 88 -

Decía el recurrente en un proceso criminal que en el auto de proceder se había mencionado un delito distinto de aquél por el cual se le había condenado, lo que equivalía a anotar una incongruencia entre los hechos que sirvieron de base para el llamamiento a juicio y lo resuelto en la sentencia condenatoria de acuerdo con el veredicto del jurado.

"Con respecto a este primer reparo, es cierto que en el auto de proceder contra Ceballos se incurrió en una especie de incongruencia al señalar como una de las transgresiones imputables a éste la de 'falsedad' en documentos de crédito, siendo así que la denominación que trae el código para tal delito es la de 'falsificación' en esos documentos; pero como muy bien lo anota el Tribunal de Pereira, con ello no se afectó la enunciación jurídica del cargo, pues desde que en el mismo auto hubo de citarse en seguida el respectivo capítulo del Código Penal, por su número, título y libro (Capítulo IV, Título VII, Libro II), quedó IPSO FACTO disipada cualquier duda acerca de la denominación genérica del hecho material del llamamiento a juicio". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, junio 20 de 1936).. 638, 2ª

DERECHO DE LA DEMANDA

- 89 -

Véase: DEMANDA. (La doctrina que empieza: "alegaba en casación el demandado en juicio de reivindicación....., etc".

DERECHOS HEREDITARIOS

(CESION DE ESTOS DERECHOS)

- 90 -

Véase la doctrina titulada: CESIONARIO DE DERECHOS HEREDITARIOS. (La doctrina que empieza diciendo: "Se había iniciado un juicio de reivindicación en que el recurrente había sido el que perdió el pleito, etc....."

Págs.

DETENCION ARBITRARIA

- 91 -

Un funcionario instructor profirió orden de detención contra un individuo y le remitió el sumario al Juez que debía conocer de las diligencias sumarias. Mientras sustanciaba el asunto y sobreseía pasaron algunos días de detención del sindicado, por lo cual fue condenado el Juez como reo de detención arbitraria. Apelada la sentencia dijo la Corte:

"No puede negarse la existencia del hecho material, consistente en que Pablo Pismag permaneció detenido en la cárcel. Pero es esencial, para apreciar jurídicamente ese hecho, la circunstancia de que no fue el Juez de Circuito doctor Córdoba quien ordenó la prisión de Pismag. Cuando el expediente llegó al Juzgado, Pismag estaba ya en la cárcel, por orden del funcionario instructor. Y aun cuando el Juez doctor Córdoba no dispuso inmediatamente ponerlo en libertad, sí lo hizo tan pronto como estudió el expediente, se dio cuenta de que no había mérito para enjuiciar y, en consecuencia, sobreseyó en favor del detenido Pismag. En guarda de los derechos individuales lo ideal sería que cada Juez, en el acto de llegar un expediente a su oficina, estuviese en capacidad intelectual y material de formarse un juicio cabal acerca de él, de tal suerte que en pocos minutos pudiera hacer cesar cualquier situación injusta o ilegal que allí encontrase. Pero en la realidad, no siempre es posible a los jueces adquirir de improviso y como intuitivamente el conocimiento de las distintas fases de cada negocio, en el propio momento de adjudicárseles un expediente en virtud de reparto. En el caso de autos se ve que no hubo por parte del Juez de Ipiales, doctor Córdoba, el ánimo intencionado de prolongar la detención de Pismag. Y la demora que pudo haber en obr-

Págs.

garle la libertad, se explica por la tramitación que de buena fe consideró el juez necesaria para formar su criterio y expedir la orden correspondiente, máxime cuando una de sus medidas fue solicitar el concepto fiscal". (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 26 de 1936) 654, 1ª y 2ª

DEUDA HEREDITARIA DE QUE SE HACE RESPONSABLE A UNA SUCESION DEMANDADA

Véase: SUCESION DEMANDADA POR UNA DEUDA HEREDITARIA.

- 92 -

DICTAMEN PERICIAL

- 93 -

"Cuando el dictamen pericial no versa sobre avalúos o regulaciones en cifras numéricas o sobre hechos sujetos a los sentidos o sobre cuestiones que los peritos expongan, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos, sino que se limita a presentar presunciones, inferencias, juicios y deducciones, el juez tiene una gran libertad de apreciación, y puede — tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos y varias otras circunstancias — darle al dictamen la fuerza probatoria que las reglas de la sana crítica aconsejen." (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, abril 4 de 1936). (1). 804, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

- 94 -

Los compradores de una fábrica de escobas que el vendedor tenía establecida con maquinaria propia, con sus elementos accesorios, entre ellos materias primas, materiales de labor y edificio adecuado, sobre suelo propio, demandaron al vendedor en juicio de rescisión por lesión enorme que prosperó porque el Tribunal sentenciador le dio el valor de plena prueba al dictamen de los peritos que en vez de avaluar la fábrica en su conjunto hicieron un avalúo de sus diversos componentes por separado. En casación interpuesta por el demandado vendedor acusó de errónea apreciación, en el hecho y en el derecho, el avalúo pericial de lo vendido.

"La apreciación del dictamen pericial fue errónea efectivamente, porque ni el Tribunal ni los peritos tomaron en consideración lo avaluable como un conjunto, como empresa, como fábrica, como un todo en movimiento, sino separadamente, a la manera equivocada que procedería quien, llamado a avaluar un reloj lo desmontara para estimar una a una sus ruedas y demás elementos". (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, marzo 30 de 1936). 744, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

- 95 -

"Es al juzgador a quien toca, al apreciar el valor probatorio del dictamen, examinar si los juicios o razonamientos deducidos de los testimonios que figuran en autos, tienen un firme soporte legal o si las pruebas que para ello tuvieron en cuenta los peritos carecen de fuerza suficiente para apoyar la deducción". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, septiembre 19 de 1935). 239, 2ª

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EFECTOS DE LA DISOLUCION ANTE TERCEROS DE BUENA FE EXENTOS DE CULPA, EN CUANTO A LAS VENTAS DE INMUEBLES HECHAS POR EL MARIDO

- 96 -

Casado Alonso Triviño con Adelaida Paz vendió, después de muerta su esposa, la mitad de un lote de terreno, adquirido dentro de la sociedad, a Francisco A. Palacios y la otra mitad a Francisco Luis Velásquez. Ese mismo lote vendido por Triviño le fue adjudicado en la partición de bienes de su esposa a Aquilina Triviño Paz, viuda de Potes.

(1) Concordancia: Número 1308, tomo 3o., «Jurisprudencia de la Corte.»

Fundándose en esa adjudicación esta señora y los doctores Ernesto González Piedrahita y Hernando Caicedo, compradores de la mitad de ese lote a aquélla, demandaron al doctor Apolinar Guzmán, como poseedor del lote por virtud de compras a Francisco Luis Velásquez y a Francisco A. Palacios, en juicio de reivindicación. Como prosperase la acción propuesta, recurrió en casación Guzmán acusando el fallo por violación de varios artículos del Código Civil, entre ellos el 1401. Dijo la Corte:

"EXAMEN DE LOS CARGOS.—El examen de los cargos formulados contra la sentencia —y más concretamente, el estudio de la acusación fundada en la infracción del artículo 1401— implica la previa dilucidación de estas dos cuestiones trascendentales, íntimamente relacionadas entre sí: a) Los poderes de administración del marido sobre los bienes sociales, de que habla el artículo 1805 del C. C., y la confusión del patrimonio del marido con el de la sociedad conyugal, a que se refiere el texto subsiguiente, cesan automática, mecánicamente, en el momento mismo de la disolución de la sociedad, con respecto a terceros de buena fe, víctimas de un error invencible, en forma tal que dicha disolución pueda ser alegada eficazmente contra tales terceros cuando éstos, sin haber conocido ni podido conocer la referida disolución, negocian con el marido sobreviviente? b) La partición de los bienes de la sociedad conyugal tiene, como la partición de los bienes de la herencia a que se refiere el artículo 1401 del C. C., un efecto retroactivo absoluto, implacable, que pueda ser alegado invariablemente por el respectivo adjudicatario contra los terceros de buena fe que negociaron con el marido después de disuelta la sociedad, o dicho efecto retroactivo está restringido y condicionado por principios superiores y generales de derecho, así como por el sistema colombiano de registro de la propiedad inmueble? Para resolver estas dos cuestiones no basta invocar y aplicar, de una manera mecánica y con un rigor lógico simplista, la regla nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet, sobre la base de un efecto retroactivo irrestricto de la partición, fundado en el artículo 1401 del C. C. Fuera de que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble incide, por lo que atañe a terceros de buena fe, sobre los efectos de la partición de los bienes de la sociedad conyugal, las dos cuestiones planteadas se relacionan tan íntima y directamente con el principio de la buena fe en su misión creadora y con la tradición máxima error communis facit jus, que la Sala considera necesario, para dilucidar las aludidas cuestiones, entrar a estudiar a fondo estos cuatro puntos, que constituyen otros tantos factores de solución: a) aplicaciones del principio fundamental de la BUENA FE en su misión creadora a la protección legal a los terceros que contratan con aparentes titulares de un derecho; b) aplicación de la máxima error communis facit jus a las operaciones celebradas por el marido después de disuelta la sociedad conyugal, en relación con inmuebles adquiridos por ésta o para ésta; c) generalización o interpretación extensiva del principio consagrado en los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1943, 1944, 2140 y 2199 del Código Civil; d) el sistema colombiano del registro de la propiedad inmueble y los terceros de buena fe. Antes de entrar a considerar cada una de esas cuestiones es necesario poner de manifiesto que el presente caso no se relaciona para nada con las sociedades conyugales regidas por la ley 28 de 1932 y que la persona contra la cual se pretende la reivindicación no le compró directamente el inmueble de que se trata a quien había sido jefe de una sociedad conyugal ya disuelta. El demandado les compró el inmueble en referencia a Francisco Luis Velásquez y a Francisco A. Palacios. Este le había comprado una parte de la finca a Susana Varela, a quien se le había adjudicado en la sucesión de Luis Aragón, el cual, a su vez, le había comprado al ya citado Francisco A. Palacios, quien en 1920 había negociado con Alonso Triviño, cónyuge sobreviviente de la sociedad conyugal Triviño-Paz. Velásquez, por su par-

te, le había comprado a Alonso Triviño en 1921. Se hace esta advertencia porque las reglas y principios que van a exponerse sobre protección a terceros de buena fe pueden tener restricciones, limitaciones o modificaciones cuando el tercero ha negociado directamente con quien había sido jefe de una sociedad conyugal disuelta. — CAPITULO I.— APLICACIONES DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE A LA PROTECCION LEGAL DE LOS TERCEROS QUE CONTRATAN CON APARENTES TITULARES DE UN DERECHO.—'Desde que el derecho se humanizó— dice Gorphe— se saturó de un principio bienhechor que se ha llamado el principio de la buena fe y que se impuso al respeto general'. 'La noción jurídica de la BONA FIDES —agrega el mismo autor más adelante— se impregnó de ideas morales y religiosas desconocidas de la antigüedad y se extendió al conjunto del derecho privado'. El principio de la buena fe, según la doctrina brillantemente expuesta por el autor citado, tiene una función CREADORA, que consiste en hacer surgir el derecho del hecho, y una función ADAPTADORA para modelar el derecho sobre el hecho, y se presenta en tres formas: a) como criterio de apreciación y por lo tanto de interpretación de los actos jurídicos. En esta primera forma aparece bajo su aspecto original, relacionado con su fuente, la noción de justicia, base ideal del derecho; b) como objeto de OBLIGACION en las relaciones jurídicas. Aquí se presenta en su aspecto negativo para darle a las manifestaciones caracterizadas de mala fe las correspondientes sanciones; c) como objeto de protección legal. Esta tercera forma es la más rica en aplicaciones. La buena fe se nos presenta entonces en su aspecto positivo y dotada de una eficacia propia bastante hasta para suplir la falta de derecho. Entre esas aplicaciones se destaca la concerniente a los actos jurídicos celebrados con el titular aparente de un derecho. 'Aquí —dice el autor citado— la eficacia de la buena fe presenta una gravedad particular, en cuanto ella no opera sino en detrimento del verdadero titular del derecho. La cuestión se presenta bajo la forma de un conflicto de derechos entre el verdadero titular y el tercero de buena fe, causahabiente del titular aparente: uno de los dos debe necesariamente ser sacrificado'. Planteado ante la Corte de Casación francesa ese conflicto, en un asunto célebre (affaire de la Boussiniére), lo resolvió dicha alta entidad, por superiores motivos de equidad y de utilidad social, en el sentido de proteger al tercero de buena fe. Se trataba de un negocio celebrado con un heredero aparente. Sin ningún texto aplicable al caso controvertido, la citada Corte declaró que los actos jurídicos ejecutados por los terceros de buena fe con el heredero aparente podían ser opuestos a los herederos verdaderos, aunque no se probara culpa de estos últimos. Esa jurisprudencia fue adoptada por la Corte de Casación rumana, que aplica el mismo Código de Napoleón, y ha sido comentada de esta suerte por el profesor Capitant: 'La cuestión de saber si los actos de disposición ejecutados por el poseedor de la sucesión se pueden oponer al heredero que ha hecho conocer su derecho a la herencia, no tiene interés en lo concerniente a los actos relativos a muebles. En efecto, para los muebles corporales y los títulos al portador, el adquirente está protegido contra la reivindicación del heredero por la regla: tratándose de muebles, la posesión vale como título, y, por otra parte, el artículo 1240 del C. C. valida los pagos hechos al poseedor de la herencia. La cuestión no puede, pues, plantearse sino para los muebles incorporales. Para los inmuebles tiene, en cambio, una grande importancia, y ha dado lugar a cuatro sistemas diferentes que se encuentran en el Tomo X, Nº §16, de Aubry et Rau. El más riguroso de ellos, que se apoya sobre el principio: nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet, se pronuncia por la nulidad de estos actos, no obstante la buena fe del adquirente. Es el mismo que habían adoptado las antiguas sentencias de las cortes de apelación. Por el contrario, la Corte de Casación desde el 3 de agosto de 1815, se pronunció

en favor de la validez de los actos ejecutados por el heredero aparente cuando el adquirente es de buena fe. Desde entonces la Corte no ha cambiado, pero sí ha invocado diversos argumentos. En tres sentencias de la Sala Civil, de 16 de enero de 1843 (D. P. 1843, 1.49; S. 1843, 1.97), se refirió a la idea de SAISINE COLLECTIVE. Actualmente invoca el error común e invencible que ha engañado a los terceros. Y sostiene que no hay lugar a distinguir si el poseedor de la herencia es un sucesor AB INTESTATO o un legatario, y que tampoco hay lugar a tomar en cuenta su buena o mala fe. Solamente son necesarias dos condiciones: el ERROR COMMUNIS y la buena fe del adquirente'. Se ha discutido mucho en los últimos años la cuestión de si esa solución admitida con respecto a los actos celebrados por terceros de buena fe con un heredero aparente, puede ser extendida a todos los actos celebrados con un propietario aparente. La Corte de Casación francesa, en sentencia de 20 de junio de 1910, relativa a otro caso célebre, en que ya no se trataba de un heredero aparente sino de un propietario aparente, puso, por encima de los intereses del verdadero titular del derecho, los del tercero de buena fe que había negociado con el propietario aparente: por acto notarial regularmente trascrito un señor Maujan había adquirido en 1900, de un señor Batin, una caída de agua llamada Saut-du-Cuzal y un terreno llamado Barru, en Saint Barthelemy-le-Plein, y después, en 1906, por acto notarial regular, había consentido una hipoteca en favor de un señor Durupt, cuando en realidad el Saut-du-Cuzal pertenecía ya a la Sociedad de Minas de Saint-Barthelemy-le-Plein. La Corte de Nimes consideró que el adquirente estaba investido, con respecto de terceros de buena fe, y en virtud de un título regular, de todos los caracteres de verdadero propietario, y que nada demostraba que el acreedor hipotecario hubiera sabido que tal adquirente no era el verdadero propietario. La Corte de Casación declaró que la hipoteca era oponible a la sociedad propietaria, en estos términos: 'Considerando que las hipotecas constituidas por el propietario aparente de un inmueble, en virtud de un título regular, son válidas y tienen efecto en favor de los acreedores de buena fe con respecto al propietario verdadero...' 'Este principio —comenta Gorphe— es interesante. Consagra la validez de los actos de terceros de buena fe aun en los casos en que no aparezca responsabilidad del verdadero propietario y sobre una base mucho más amplia que la del artículo 1321. Completa perfectamente, por otra parte, el principio de la protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco y suizo que regulariza el título del propietario aparente'. Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un máximum de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero heredero o con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente. 'Nadie puede invocar su buena fe—dice el Código Federal suizo—si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe'. Además, en muchos casos no será suficiente la ignorancia propiamente dicha con respecto a la realidad jurídica. Será menester una verdadera convicción de que se está procediendo conforme a esa realidad. Ni está por demás advertir que la presunción general de buena fe contenida en el artículo 769 de nuestro Código Civil es muy frágil y susceptible de ser destruída por presunciones simples y especialmente por las que conduzcan a la conclusión de que un hombre prudente y diligente habría hecho investigaciones, averiguaciones y gestiones omitidas por el tercero que invoca la buena fe. Pero si, al contrario, aparece que hubo un JUSTO MOTIVO para llegar a la convicción de que el heredero aparente era el verdade-

ro heredero o de que el propietario aparente era el verdadero titular del derecho, y además resulta que cualquiera otra persona, por avisada y diligente que se la suponga, habría tenido también justo motivo para llegar honesta y lealmente y de manera EXCUSABLE a la misma convicción, la buena fe puede entonces llegar a tener esa función creadora de derecho de que habla Gorphe, cuyas características generales y cuyas condiciones de aplicabilidad se precisarán en los párrafos siguientes, al estudiar los otros puntos no enunciados, que no sólo se relacionan íntimamente con éste del principio de la buena fe, sino que constituyen el complemento indispensable de lo hasta ahora expuesto.—CAPITULO II.—La máxima 'error communis facit jus'.—Para explicar y reglamentar técnicamente algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe —los que miran a la validez de los actos jurídicos realizados en virtud de apariencias engañosas: actos otorgados ante testigos incapaces; contratos celebrados con una sociedad irregularmente constituída, o con gerentes, administradores o representantes irregularmente nombrados o autorizados, o con incapaces irregularmente habilitados o con titulares aparentes de un derecho— la doctrina y la jurisprudencia extranjeras han invocado la vieja máxima según la cual EL ERROR COMUN CREA EL DERECHO, máxima que, aunque no consagrada explícitamente por ninguna legislación moderna, se considera generalmente como una verdadera regla de derecho positivo. 'Según la expresión de Gény—anota Josserand—todo el derecho no está encerrado dentro de la legalidad; alrededor de la regla formal, alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directivas y de STANDARDS, en los cuales distingue muy justamente Hauriou los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de superlegalidad. Entre esas directivas pueden citarse: .....la regla error communis facit jus, la teoría del enriquecimiento sin causa, o, sobre todo, la del abuso del derecho; aunque ningún texto de derecho positivo las enuncie en su forma general, la realidad de esos dogmas consuetudinarios está por encima de estos principios, puesto que escapan a la arbitrariedad del legislador, que no podría desconocer esas verdades superiores, a las cuales él mismo está subordinado, ya que no emanan de él. Los derechos que éste reglamenta no se realizan abstractamente y en el vacío: funcionan en un medio social; desempeñan un papel en ese medio. socialmente, no en una dirección cualquiera sino en vista de fines determinados; su misión es la de realizar la justicia y ellos no podrían rebelarse contra ésta sin que se incurriera en un contrasentido jurídico, en un abuso que acarrearía una sanción'. En el mismo sentido, Bonnecase, en el último tomo de su conocido Suplemento (Sirey, 1936), afirma que 'la consagración por el derecho actual de la regla ERROR COMUNIS se justifica sobre el fundamento de la salvaguardia del crédito público'. Ya la Corte de Apelación de París, muchos años antes, había sostenido que dicha regla 'pertenece a ese depósito de máximas que ha sido constantemente considerado como el verdadero suplemento de la legislación'. Por su parte, Algu, en su tesis sobre esa máxima, había afirmado que la vida de la regla ERROR COMMUNIS se ha perpetuado desde el derecho romano hasta la legislación moderna y que en completo acuerdo con los principios de la interpretación la jurisprudencia la aplica en numerosos casos. Algunos autores, como Mazeaud (Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1924), interpretan esa máxima con mucha amplitud: le señalan un vasto campo de aplicación. 'Sea como fuere —dice Mazeaud— el adagio ERROR COMMUNIS, tal como es aplicado por nuestros tribunales, les permite proteger contra la ley misma al que no ha cometido ninguna culpa. El error en que éste ha caído debe engendrar todos los efectos jurídicos que se le quisieron atribuír, porque tal error fue inevitable. La apariencia invencible se coloca en el mismo pie de igualdad de la realidad. La máxima ERROR COMMUNIS aparece, pues, como una

regla de orden público, protectora del interés social, que lucha victoriosamente contra el principio de la autoridad de la ley. Es una de las manifestaciones de ese movimiento tan poderoso que sacrifica el interés individual al interés social y que le da al interés público un puesto cada vez más preponderante. No hay que perder de vista, en efecto, que la aplicación de la máxima conduce siempre a sacrificar a los que lógicamente deberían triunfar porque invocan en apoyo de su protección la verdad contra el error. Hay allí un conflicto de intereses fácilmente solucionable cuando el que se ampara con la ley pretende solamente sacar provecho del error en que incurrió su contraparte; pero el conflicto llega a ser particularmente inquietante cuando cada una de las partes es de buena fe y no ha incurrido en culpa alguna. Es el caso de los actos ejecutados por el propietario aparente o por el mandatario aparente. Pueden invocarse consideraciones de equidad en favor del propietario verdadero más bien que en favor del tercero que ha tratado con el propietario aparente o a favor del mandante aparente más bien que en favor de quien ha tratado con el mandatario aparente? Ya veremos que, sin embargo, en esos casos nuestra jurisprudencia hace triunfar la apariencia invencible'. Otros autores como Demogue y el ya citado Bonnecase, proponen una interpretación más estricta de la regla. 'La máxima se aplica con razón, dice Demogue. Pero hay que distinguir dos situaciones distintas. Si la aplicación de dicha máxima no lesiona ningún interés, si el error no ha causado perjuicio a nadie, la máxima se aplicará sin ningún obstáculo. Será el caso en que se trate de una simple regla de forma (error sobre la capacidad de un testigo, etc.). Si, por el contrario, la aplicación de este adagio tropieza con intereses muy serios: deseo legítimo de consagrar la verdad, deseo de proteger al verdadero propietario, etc., no se aplicará siempre. Los textos, y a falta de éstos la jurisprudencia, fijarán su campo de aplicación. Es el caso cuando se trata de la posesión de estado, o de la posesión, especialmente para el causahabiente del heredero aparente'. Todos los autores concuerdan, eso sí, en que lo mismo da para el caso el error de hecho que el error de derecho y en que para la aplicación de la máxima se requieren estos requisitos: a) Que se trate de un error generalizado, es decir, de un error no universal pero sí colectivo; b) Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe: 'No basta la excusabilidad ordinaria; es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar. En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen derecho de ignorar lo que ha sido publicado: así, el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos'. 'En realidad, agrega el mismo autor, el error COMUN no sirve sino para hacer presumir que fue INVENCIBLE el error invocado'. Con la expresada máxima tiene íntima relación la llamada TEORIA DE LA APARIENCIA, de tan extraordinario interés en la ciencia jurídica contemporánea. La falsa apariencia produce el error común, una especie de buena fe colectiva. Mazeaud, que se preocupó por estudiar las relaciones entre el error común y la teoría de la apariencia, dice que aquella máxima no es sino uno de los aspectos más interesantes de esa teoría. 'La situación de hecho contraria al derecho nacido del error invencible, debe ser mantenida, agrega dicho autor.... No habría seguridad social si quien obra con toda la prudencia necesaria no se encontrara protegido. Hay allí una concepción que se desprende de la moral y que es tanto más interesante cuanto parece dirigir nuestra jurisprudencia en todas las ramas del Derecho'. 'La complicación cada vez más grande de las relaciones sociales y jurídicas, comenta Gorphe en el mismo sentido, hace que sea cada

vez más imposible ir hasta el fondo de las cosas y que uno se ve cada vez más obligado a fiarse de la APARIENCIA. Es el aspecto bajo el cual vuelve a aparecer en el derecho moderno la antigua importancia de la forma. El error que se presenta bajo la forma engañosa de la verdad, es tratado como la verdad misma'.—CAPITULO III. — Generalización o interpretación de los artículos 149, 150, 947, 1547, 1548, 1933, 1634, 1766, 1940, 1944, 2140 y 2193 del Código Civil.—En los artículos 149 y 150, que reglamentan los efectos del matrimonio putativo, y conforme a los cuales son legítimos los hijos procreados en un matrimonio nulo y no se anulan ni se revocan ni se resuelven las donaciones y promesas que, por causa de matrimonio, se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, se consagra no solamente una medida de protección a los hijos sino también una aplicación del efecto creador de la buena fe: desaparecida la causa de las donaciones y promesas a que se refiere el artículo 150, éstas no podrían subsistir por falta de causa si la noción de buena fe, en su misión creadora, no fuera bastante para suplir la causa real de esas donaciones y promesas. En el artículo 947, a la apariencia razonable de derecho se la hace producir, en favor del tercero de buena fe, el mismo efecto que al derecho mismo: basta que la cosa haya sido comprada en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase, para que —como consecuencia de la buena fe que esa circunstancia hace presumir en quien le ha comprado la cosa al que no era dueño de ella— no pueda el verdadero propietario obtener la restitución si no reembolsa lo que el tercero de buena fe haya dado por ella y lo que se haya gastado en repararla y mejorarla. El tercero de buena fe ha tratado con quien presentaba todas las apariencias de tener un derecho, y como consecuencia de ello la ley lo protege contra el verdadero titular de ese derecho. En los artículos 1547, 1548 y 1933, el legislador limitó, en favor de los terceros de buena fe, las consecuencias lógicas de las condiciones suspensivas y resolutorias. La aplicación rigurosa de la antigua máxima 'resoluto jure dantis resolvitur jus accipientis', conduciría a sacrificar al tercero que ha comprado la cosa que se debe bajo condición o ha obtenido a su favor una hipoteca sobre tal cosa. Pero basta que la condición no conste en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública, para que —sobre la base de la presunción de buena fe que de allí resulta en favor del tercero— quede éste al abrigo de las consecuencias de la resolución. Dentro del mismo orden de ideas, el inciso segundo del art. 1634 declara válido el pago hecho de buena fe a la persona que estaba entonces en posesión del crédito, aunque después aparezca que el crédito no le pertenecía. La apariencia de acreedora en la persona que recibió el pago dio lugar, en esa hipótesis, a un error plenamente excusable por parte del deudor, y, como consecuencia de esto, el verdadero titular del crédito no puede hacer valer contra tal apariencia la realidad de su derecho. El artículo 1766 les desconoce en absoluto efectos contra terceros, tanto a las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en una escritura pública, como a las contraescrituras públicas cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz. Y el artículo 1773, aplicando el mismo principio a las capitulaciones matrimoniales, establece que no valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan a las capitulaciones matrimoniales aun cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos, a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores al margen del protocolo de la primera escritura. En todas las hipótesis a que se refieren estos textos, los terceros quedan protegidos contra las consecuencias de actos jurídicos que no estuvieron en capacidad de conocer. En esta circunstancia —la de que tales terceros no pudieron conocer dichos actos jurídicos— funda el legislador la limitación de los naturales efectos de esos actos. Por medio de los artículos 1940 y 1944 se

sujeta a lo dispuesto en los ya citados artículos 1547 y 1548 al efecto, contra terceros, del pacto de retroventa y de otros pactos accesorios al contrato de venta, para que los terceros que no hayan podido tener conocimiento, por el registro, de tales pactos, no vean burlada, como consecuencia de éstos, su creencia excusable. Pero todavía se ve mucho más claro el efecto creador de la buena fe en los arts. 2142 y 2193. Según el primero de esos textos, la disolución de una sociedad antes de expirar el término prefijado, no puede alegarse contra terceros sino cuando se ha dado aviso de la disolución por medio de la imprenta, o por carteles fijados en tres de los parajes más frecuentados del respectivo lugar, o cuando se prueba que el tercero ha tenido oportunamente noticia de ella por cualesquiera medios. El segundo de los artículos citados protege al tercero de buena fe que negoció con un mandatario aparente cuando no se ha publicado la expiración del mandato y parece probable la ignorancia del tercero. En una y otra hipótesis, contra una realidad jurídica —disolución anticipada de la sociedad, expiración del mandato— la ley consagra, en favor de los terceros de buena fe, el triunfo de la APARIENCIA que los condujo a un error excusable. La realidad es la disolución de la sociedad, en un caso, y en el otro, la falta de mandato. La apariencia, derivada de la no publicidad, es la no disolución en la primera hipótesis, y la existencia del mandato, en la segunda. Al tercero que se atuvo a la apariencia no lo sacrifica la ley en nombre de la realidad. Por las anteriores citas, que podrían multiplicarse, se ve claramente que el legislador colombiano, en los casos allí contemplados, y para proteger a terceros de buena fe, le reconoce efectos jurídicos trascendentales a una apariencia de derecho de la cual se ha derivado un error invencible, y hace ceder ante ella la realidad jurídica. En otros términos: cada uno de esos textos consagra una medida de protección en favor del tercero de buena fe que incurrió en un error invencible, y que, como consecuencia de éste, se vería expuesto a que se alegaran contra él las deducciones lógicas implacables de la verdad jurídica que ignoró, si la ley no le hubiera atribuído en todos esos casos a la buena fe exenta de culpa una función creadora de derecho. Se trata de saber si todas esas disposiciones constituyen normas de excepción que deban interpretarse restrictivamente, o si, por el contrario, representan simples aplicaciones —en hipótesis especiales y concretamente previstas por el legislador— de un principio superior y general de derecho, sobreentendido por éste y del cual puedan deducirse consecuencias nuevas no consagradas explícitamente por el código. Lo expuesto en los párrafos anteriores sobre las concepciones doctrinarias y jurisprudenciales concernientes a la buena fe y al error común, sirve para eliminar, en este caso, los frecuentes factores de error que presentan, en lo general, las construcciones jurídicas a base de generalización de textos, y permite asegurar que las disposiciones citadas no son normas de carácter excepcional, que deban ser interpretadas y aplicadas con un criterio rígidamente restrictivo, sino que son consecuencias formuladas por el propio legislador —para hipótesis que él pudo y estimó necesario prever y resolver concretamente— del principio general y superior de derecho consignado en la máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS, de tan perfecta aplicabilidad dentro del orden jurídico positivo colombiano como dentro del orden jurídico positivo francés, y que a su turno no es otra cosa que la explicación y reglamentación técnica de algunos de los más trascendentales efectos de la función creadora de la buena fe. Para el caso presente—dicho sea de paso—no es necesario darle a esa máxima el vastísimo alcance que le dan los autores que, como Mazeaud, le señalan un mayor campo de aplicación. Aun aceptando la concepción restrictiva de los expositores que, como Bonnecase y Demogue, se empeñan en limitar y circunscribir su dominio, dicha máxima lleva inevitablemente, como se verá más adelante, a estas dos conclusiones, que son las únicas que en el presente litigio hay

que destacar y precisar: a) No cesan mecánicamente y automáticamente, en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, en cuanto se refieren a terceros de buena fe víctimas de un error invencible, los efectos jurídicos de los artículos 1805 y 1806 del Código Civil; b) El efecto retroactivo de la partición de los bienes de la sociedad conyugal no tiene ni puede tener el carácter absoluto que tiene el de la partición de los bienes hereditarios, conforme al artículo 1401, sino que está acondicionado por lo que acaba de exponerse en relación con los artículos 1805 y 1806.—CAPITULO IV.—EL SISTEMA COLOMBIANO DE REGISTRO Y LOS TERCEROS DE BUENA FE.—En el mensaje del Poder Ejecutivo chileno dirigido al Congreso, con el cual se acompañó el proyecto de Código Civil, el cual mensaje, según es sabido, es obra de Bello, se justifica en estos términos la institución del Registro, tal como estaba formulada en el referido proyecto y quedó en el Código: 'En cuanto a poner a la vista de todos el estado de las fortunas territoriales, el arbitrio más sencillo era hacer obligatoria la inscripción de todas las enajenaciones de bienes raíces, inclusas las trasmisiones hereditarias de ellos, las adjudicaciones y la constitución de todo derecho real en ellos. Exceptuáronse los de servidumbres prediales, por no haber parecido de bastante importancia. Pero como no sólo los actos entre vivos sino las trasmisiones hereditarias están sujetas respecto a los bienes raíces a la solemnidad de esta inscripción, todos los referidos bienes, a no ser los pertenecientes a personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y AL ABRIGO DE TODO ATAQUE. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial. Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces manifiesta, caminando aceleradamente a una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en un cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente, sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre bases sólidas; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse. La institución de que acabo de hablaros se aproxima a lo que de tiempo atrás ha existido en varios Estados de Alemania y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar. Sus buenos efectos han sido ampliamente demostrados por la experiencia'. De conformidad con ese pensamiento y para realizar los fines allí indicados, se organizó, lo mismo en Chile que entre nosotros, el registro o inscripción de los instrumentos públicos, no sólo para servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de otros derechos reales constituidos en ellos, sino también para dar publicidad a los actos y contratos que trasladan o mudan el dominio de los mismos bienes raíces o les imponen gravámenes o limitaciones, 'poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble', según la expresión del propio legislador. Dentro de ese orden de ideas estableció la ley, como una de las funciones fundamentales de los registradores, la de 'certificar, con vista de los respectivos libros, acerca del estado o situación en que se encuentren los inmuebles existentes en el lugar y respecto de los cuales quieran los interesados saber tal situación; esto es quién sea el propietario del inmueble o inmuebles...'. Y para que pudieran cumplirse esas finalidades tan clara y explícitamente expresadas así por los autores del Código como por el texto mismo de la ley, dispuso ésta, además, que el registrador llevara, entre otros, un libro de registro número primero, con su adecuado índice de cinco columnas, para la inscripción de los títulos, 'que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles, o que varíen el derecho de administración'. Entre los títulos, actos y documentos sujetos al

registro, menciona expresamente la propia ley aquellos que causen mutación o trasladación de la propiedad de bienes raíces y para que todo condujera a la realización de esa finalidad antes aludida se dispuso que el registro o inscripción de los títulos traslaticios del dominio de los bienes raíces, de los constitutivos de la hipoteca, 'Y DEMAS RELATIVOS A INMUEBLES', se verificara en la Oficina de Registro del lugar en que el inmueble esté situado. Finalmente el legislador, después de reglamentar prolijamente el modo de hacer el registro, estableció la doble norma fundamental en la materia de que 'ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hace fe en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas', y de que 'ningún título sujeto a registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro'. Sobre la base de que el registro de la propiedad inmueble tiene las finalidades antes indicadas y está organizado de manera de poder averiguar en cualquier momento quién es el titular de un derecho de dominio sobre una finca raíz, las personas prudentes y diligentes, cuando proyectan un contrato de compraventa o un empréstito con hipoteca o cualquiera otra operación jurídica que requiera una previa certidumbre sobre el carácter de dueño del que va a vender o hipotecar, etc., se limitan a pedir el certificado correspondiente en la respectiva oficina de instrumentos públicos y a exigir la exhibición de las escrituras públicas correspondientes a un período de treinta años, en que consten los actos jurídicos concernientes a las transferencias o mutaciones del dominio en ese lapso. Con el certificado del Registrador se cerciora el presunto adquirente o prestamista de que aparece efectivamente inscrito como dueño del respectivo inmueble el que se presente a la negociación como titular del derecho de dominio, y con las escrituras aludidas averigua si en el proceso de transferencias de propiedad que culminó en esa inscripción hay irregularidades que puedan conducir a una nulidad, o a una resolución, o a una revocación o a una reivindicación que cambien, con efecto contra el presunto adquirente, la situación jurídica que aparece en el respectivo certificado del Registrador. Eliminados con tales elementos, hasta donde ello es posible, los factores de error que pueda haber para llegar a la creencia concienzada de que efectivamente es propietario incondicional del inmueble el presunto vendedor o propietario, se procede habitualmente a la celebración del contrato proyectada. Los bancos —ya por la cuantía de los negocios que realizan, ya por la responsabilidad que ante los accionistas tienen los gerentes, ya porque el volumen de negocios les permite mantener aderezadas organizaciones de investigación y control, entre las cuales se cuenta habitualmente un departamento jurídico servido por abogados competentes— obran generalmente con suma prudencia y diligencia, y sin embargo, en los casos contemplados, limitan normalmente sus investigaciones y sus estudios al referido certificado y a las aludidas escrituras. De todo lo cual se infiere que nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble cumple, entre otras, una misión trascendental de publicidad, que es la que en el presente caso se necesita destacar, por la íntima relación que tiene con la regla sobre el error común y con el principio de la buena fe. Ya se vio atrás que uno de los autores que más ha profundizado la cuestión de la buena fe —Gorphe— asegura que ese principio jurídico 'completa perfectamente el principio de protección a los terceros organizada por las medidas de publicidad inmueble, tales como la transcripción en derecho francés y la inscripción en derecho alemán, austriaco o suizo, que regulariza el título del propietario aparente. Y en efecto—por la estrecha relación que hay entre los sistemas jurídicos de publicidad y la aplicación de la máxima ERROR COMMUNIS FACIT JUS—no puede prescindirse del estudio de aquéllos cuando de ésta se trata, ya que sólo es posible concebir el error común cuando dichos sistemas de publicidad le han permitido cometer al

tercero la realidad jurídica que contra él se quiere alegar. Si es el caso, en cambio, de aplicar la máxima siempre que se reúnan los demás requisitos necesarios para ello —cuando los sistemas de publicidad establecidos en un país no le permiten al tercero de buena fe, por avisado y diligente que sea, conocer oportunamente el hecho jurídico cuya ignorancia lo indujo a error. Que es cabalmente lo que acontece en casos como el presente, porque el hecho jurídico de la disolución de la sociedad conyugal no repercute en el registro ni directa ni indirectamente, sino mucho más tarde, cuando se hace la partición de los bienes sociales. Si no sólo los particulares cuidadosos y diligentes, sino también las instituciones que, como los bancos, tienen que limitar habitualmente el radio de sus investigaciones, en casos como el que aquí se contempla, a los datos e informaciones que aparecen en el correspondiente certificado de registro y en las escrituras que allí se mencionan, y si, de otra parte, dada nuestra organización del registro del estado civil de las personas, no es posible exigir que para cada negocio se hagan averiguaciones sobre dicho estado civil en todas y cada una de las muchas parroquias y notarías de la República, es obvio que ni hay culpa ni hay error inexcusable o vencible cuando en la compraventa de un inmueble, por ejemplo, se procede sobre la base de los datos revelados por el registro y por las correspondientes escrituras. No hay, no puede haber en ello, un 'error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas'. TERCERA PARTE. Conclusión.—De todo lo expuesto se deduce que efectivamente, como lo sostiene el recurrente, el Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 1401 del C. C., que consagra el principio de que la partición no es un acto traslaticio sino declarativo de dominio y de que consiguientemente tiene un efecto retroactivo. Aplicando este texto en la forma en que lo hizo el Tribunal, sobre la base de que ese efecto retroactivo tiene consecuencias ilimitadas, irrestrictas e implacables; desconocidas por ello, por el fallador, las restricciones y limitaciones derivadas de la aplicación de la máxima ERROR COMMUNIS y del principio de la buena fe que inspira, explica y justifica los textos legales antes comentados; olvidada, con esa aplicación, la incidencia de nuestro sistema de registro sobre fenómenos jurídicos como el destacado por el Tribunal, del efecto retroactivo de la partición, que aparece, en el fallo, haciendo cesar de una manera mecánica, el propio día de la muerte de la esposa, la confusión ante terceros del patrimonio del marido con el haber social; convertido, en una palabra, ese artículo 1401 en instrumento de inseguridad, merced a una interpretación que no tiene en cuenta las diferencias entre el caso que en el pleito se presenta, y el de los coasignatarios de una sucesión, con respecto a las cuales no median las circunstancias que aquí condicionan el referido efecto retroactivo de la partición, es obvio que hubo, por parte del Tribunal, una indebida aplicación de ese texto, y que, en consecuencia, tiene que ser admitido el cargo antes transcrito, que en ese sentido formula el recurrente, determinante de la casación de la sentencia del Tribunal. Antes de dictar la de instancia que deba reemplazarla, la Corte estima procedente —así para acabar de destacar los fundamentos jurídicos de la infirmación, como para evitar que con un criterio simplista se hagan aplicaciones mecánicas de la doctrina expuesta— llamar la atención hacia las diferencias que van entre el caso concreto a que la sentencia se refiere, en el cual resultan de una aplicabilidad incuestionable los principios explicados, y ciertos casos que sólo en apariencia tienen analogía jurídica con el que aquí se estudia, tales como el del negocio celebrado con un heredero antes de la partición; el del menor que contrata diciéndose mayor de edad; el de la cosa mueble comprada de buena fe a persona respetable que obra también de buena fe, sin tener el derecho de dominio sobre la cosa; el del negocio celebrado directamente por el tercero que invoca su buena fe con el apa-

rente titular del derecho; el de la compra de un predio a una persona que aparece como titular, en el registro, del derecho de dominio, cuando la finca ha sido adquirida por otro en virtud de la prescripción; el de dos terceros de buena fe que pretenden proteger con ésta intereses incompatibles entre sí, etc. En la primera de las referidas hipótesis —negocio con un heredero que vende un inmueble de la sucesión antes de la partición— es obvio que no se presenta ninguna de las circunstancias que en el caso presente condicionan el efecto retroactivo de la partición. El presunto adquirente tiene que saber, por el registro, que el titular del correspondiente derecho no es el heredero. Mientras no se verifique la partición o no se registre, al menos, la posesión efectiva de la herencia, sigue apareciendo como titular del dominio el causante y no el que se presenta a negociar. En la segunda de las referidas hipótesis —menor que afirma ser mayor de edad— el legislador estimó necesario formular una excepción expresa, como medida de protección al menor, al principio consignado en favor de los terceros de buena fe por el primer inciso del artículo 1744. De tal manera que en ese caso un texto expreso viene a limitar la atenuación de la incapacidad. El legislador, para evitar que el incapaz 'transforme en un medio desleal de lucha un arma que le ha sido dada para amparar su debilidad', atenúa los efectos de la incapacidad, pero hace al respecto una expresa salvedad para el caso en cuestión. No está por demás observar en relación con este caso que, según lo advierte y lo explica Ripert en 'La regla moral', los tribunales franceses limitan en lo posible el alcance del artículo 1307 —igual al inciso segundo de nuestro art. 1744— sirviéndose para ello del artículo 1311. Ese criterio lo extienden al caso de la mujer casada y llega hasta declarar que siendo el artículo 1307 especial para el menor y que pudiendo la mujer casada, más fácilmente que el menor, engañar a terceros, la misma declaración mentirosa de capacidad hecha por la mujer constituye un delito civil que la obliga a reparación y le quita, a título de compensación, el derecho de demandar la nulidad del contrato por ella celebrado. En lo que al tercero de los indicados casos atañe—compraventa de buena fe de una cosa mueble a una persona que de buena fe se cree dueña de ella—basta observar que el artículo 947 del C. C., al autorizar la reivindicación de cosas muebles, con la única excepción de las que hayan sido compradas en feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan objetos de la misma clase, precisamente lo que ha hecho es consagrar una presunción de derecho en favor de aquellas personas en quienes hay que suponer la buena fe por haber hecho la compra en circunstancias tales que resultara para ellas de una aplicación necesaria la máxima ERROR COMMUNIS, y consagrar al propio tiempo una presunción legal de mala fe en contra de quienes han comprado en circunstancias distintas. Cuando el conflicto surge entre dos terceros que con iguales títulos y con idénticas razones invocan su buena fe y pretenden proteger con ella intereses incompatibles —hipótesis por cierto bien rara— claro está que la doctrina en esta sentencia expuesta no encuentra allí un campo de aplicación y que entonces la solución tiene que buscarse en otras reglas jurídicas tales como la de que quien es primero en el tiempo lo es en el derecho y la de que nadie puede transferir a otro más derecho del que el tradente tiene. Cuando el tercero que invoca la buena fe en su favor ha negociado directamente con el aparente titular del derecho, le será casi imposible a ese tercero poner de manifiesto su falta de culpa, puesto que una persona avisada, prudente y diligente toma referencias acerca del co-contratante y por consiguiente el que no ha obrado de esa manera incurre en uno de esos errores de conducta característicos de la culpa. Sería muy raro que mediando esas precauciones elementales no obtuviera el adquirente, en la debida oportunidad, las informaciones o al menos los indicios necesarios para evitar el error de hecho o de derecho determinante de la celebración del contra-

to con el titular aparente. Lo propio sucede en la última de las hipótesis planteadas. Sería dificilísimo, por no decir imposible, que si el presunto comprador ha tomado las providencias propias de una persona prudente y diligente, ignore la adquisición, por parte de un tercero, del correspondiente derecho de dominio en virtud del fenómeno de la prescripción. Esa prescripción supone una posesión prolongada y ostensible que no puede normalmente pasar inadvertida para quien, en razón de elementales deberes de prudencia, visita previamente el predio que trata de adquirir y se informa acerca de su situación. Resta, para concluír, llamar la atención hacia la circunstancia de que la doctrina que en el presente fallo se expone, no crea, en contra de los herederos de la esposa muerta, mayores peligros de los que la naturaleza misma de las cosas hace inevitables en el régimen de la sociedad conyugal. Las ventas posiblemente perjudiciales para ellos verificadas por el marido han podido ser realizadas por éste con la misma libertad durante la existencia de la sociedad conyugal, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1805 y 1806, y es obvio que la muerte de uno de los cónyuges y la consiguiente disolución de la sociedad conyugal no son hechos jurídicos de los cuales tenga que esperarse, en favor de los herederos, un cambio de situación jurídica que los ponga al abrigo de una mala administración a cuyos efectos les fue posible sustraerse durante la existencia de la sociedad. De otro lado cabe advertir que precisamente uno de los más interesantes campos de aplicación de la moderna y trascendental doctrina sobre fraude a la ley, es este de la sociedad conyugal. Por medio de esa doctrina llegan a ser anulados los actos que el marido ejecute en fraude de los derechos de los herederos, en los casos y mediante las condiciones que la técnica jurídica ha llegado a formular al respecto.—CUARTA PARTE. — Sentencia de instancia.—Para dictar la sentencia de instancia, basta agregar a lo dicho que, en el presente caso, como se verá en seguida, es manifiesta la buena fe, exenta de culpa, del demandado; clara la existencia del error común; innegable la culpa de la adjudicataria demandante, y, por lo menos, sospechosa la actitud de los copartícipes interesados en el haber de la sociedad conyugal Triviño-Paz—I.—BUENA FE, EXENTA DE CULPA, DEL DEMANDADO. — La señora Adelaida Paz de Triviño falleció el 29 de agosto de 1894, es decir, casi treinta años antes de que el actual demandado comprara el inmueble a que se refiere el litigio. La sociedad conyugal Triviño-Paz se había constituído en 1865, es decir, casi sesenta años antes del aludido contrato de compraventa. Se trataba por consiguiente, de acontecimientos bastante remotos, acerca de los cuales no era de esperarse que el demandado hubiera de tener información circunstanciada por el simple hecho de su residencia en la ciudad de Cali. De otra parte, tanto el matrimonio de Alonso Triviño con Adelaida Paz, como la muerte de ésta ocurrieron en la población de Florida, y no en la ciudad de Cali, que fue en donde se celebró el negocio de que se trata en este pleito y que es el lugar de la vecindad del demandado Guzmán, natural de Popayán y vecino de Cali, según reza la misma demanda. Se hubiera tratado, por ejemplo, de la muerte de una persona connotada de Cali, ocurrida en esa ciudad poco antes de la celebración del contrato de compraventa, y habría sido, cuando menos, dudosa la buena fe, exenta de culpa, del señor Guzmán, pues hubiera podido presumirse, por parte de éste, el conocimiento de ese hecho jurídico, ya por razón de las relaciones sociales, ya por las noticias de la prensa, etc., etc. Y estatablecida esa presunción, se habría podido probablemente constatar una culpa de Guzmán al negociar —sin hacer las averiguaciones correspondientes sobre liquidación de la respectiva sociedad conyugal— con el cónyuge supérstite. Pero en el caso presente, no hay lugar ni a una presunción de aquella especie, ni a una deducción como ésta de que se acaba de hablar. Por otra parte —y esto es lo verdaderamente fundamental al respecto— ni del matrimonio Triviño-Paz, ni de la muerte

de la esposa quedó rastro alguno en las escrituras públicas y en el certificado que pudo tener a la vista, para negociar, el señor Guzmán. Mejor dicho: los medios de publicidad establecidos por nuestra ley tampoco le brindaron, ni podían brindarle, al demandado, datos que fueran bastantes para suscitar siquiera dudas sobre la legitimidad de la operación que iba a celebrar, o para inducir a un hombre avisado, prudente y diligente para hacer averiguaciones adicionales tendientes a completar la información de las escrituras públicas y del certificado. En ninguna de las escrituras públicas que aparecen en el expediente, y que se refieren a trasmisiones de dominio en un período mayor de treinta años, se dice que Alfonso Triviño hubiera sido casado. En ninguna de ellas consta tampoco que hubiera enviudado. Ni directa ni indirectamente aparece en ellas alusión a la existencia de la sociedad conyugal o a la disolución de ésta. En el registro, por lo mismo, ninguna repercusión podían tener la celebración del matrimonio y la posterior disolución de la sociedad conyugal. Es decir, que por medio de las precauciones y cuidados que los hombres diligentes y prudentes acostumbran cuando van a celebrar un contrato como el que celebró Guzmán, no pudo ni habría podido llegar éste a salir del error que lo condujo a negociar en la forma en que lo hizo. Ya se dijo y se explicó que hasta los bancos, que en estos asuntos son habitualmente modelos de prudencia y diligencia, se limitan en casos como éste a un concienzudo estudio del certificado del registrador de instrumentos públicos y de las escrituras que allí se mencionan. Y es obvio que el demandado, agotando todos los medios de investigación que podían brindarle el registro y las escrituras públicas respectivas, no podía llegar a saber el matrimonio celebrado en 1865 y la disolución de la sociedad ocurrida en 1894, puesto que —se repite una vez más— no hay una sola de esas escrituras en que se haga siquiera alusión a aquel matrimonio o a esta disolución. El juicio de sucesión de Adelaida Paz de Triviño se había iniciado no en Cali sino en Palmira, y las diligencias que allí se hubieran adelantado ninguna repercusión habían podido tener en el registro, ni es de suponer que tales diligencias habían tenido que llegar a conocimiento de quien, como Guzmán, residía en otro lugar. Finalmente, no había por qué exigirle a Guzmán, porque ello no se exige ni se espera de los hombres avisados, prudentes y diligentes que van a celebrar un contrato de compraventa, que hiciera previamente averiguaciones en todas y cada una de las parroquias y notarías de la República sobre todos los matrimonios y todas las muertes que hubieran podido tener alguna incidencia sobre las diversas situaciones jurídicas a que se refieren todas y cada una de las escrituras públicas concernientes a las tradiciones de dominio en un período mayor de treinta años. En síntesis: no sólo desde el punto de vista de la insuficiencia para el caso de los medios jurídicos de publicidad establecidos por nuestra ley (registro de instrumentos públicos, publicidad de las escrituras, registro del estado civil), sino también desde el punto de vista de los demás hechos aludidos (residencia de Guzmán, lapso transcurrido entre la muerte de Adelaida Paz y el contrato de compraventa, falta de publicidad social de dicha muerte en la ciudad de Cali en la época del negocio, etc.), puede considerarse la buena fe de Guzmán como exenta de culpa, ya que, comparada su conducta con la de un hombre avisado y diligente colocado en las mismas circunstancias externas, no se advierte en aquél una falta de prudencia en que no hubiera ocurrido el tipo abstracto del hombre diligente. La Sala, como se ve, no solamente ha tenido en cuenta, para llegar a la conclusión de la buena fe de Guzmán, que el sistema de publicidad del registro no le permitía conocer la disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz. Ha tenido también en cuenta que en ninguna de las escrituras públicas que podía tener a la vista había dato alguno que a un hombre prudente y diligente pudiera infundirle sospechas sobre la legitimidad de los títulos, y, por otra parte, tomó en consideración todas

las circunstancias que desde el punto de vista de las relaciones sociales, publicidad de la prensa, etc., pueden desempeñar un papel importante para la apreciación y calificación de la buena fe exenta de culpa de quien contrata con el que ha sido jefe de una sociedad conyugal disuelta o con los sucesores de éste a título singular. — II. — EXISTENCIA DEL ERROR COMUN.—Para llegar a la conclusión de que se trata en este pleito de un típico caso de error COMUN o error generalizado o colectivo, no era menester hacer algo así como una encuesta entre todos los habitantes de la ciudad de Cali para saber si real y efectivamente la mayoría de ellos estuvo, con respecto a la disolución de la sociedad Triviño-Paz, en el mismo error de Guzmán. El error común o colectivo no se aprecia en concreto, mediante averiguaciones pormenorizadas sobre las ideas o creencias que al respecto tuvieran todos y cada uno de los habitantes del lugar. La noción de error común es una noción que está íntimamente relacionada con los sistemas jurídicos de publicidad establecidos en un determinado país. Tomando como base tales sistemas de publicidad, así como las demás circunstancias susceptibles de ser apreciadas desde el punto de vista de la excusabilidad del error, se llega a constatar la inculpabilidad de éste, es decir, el hecho de que un hombre diligente y avisado, colocado en las mismas circunstancias externas, sin faltar a sus obligaciones de prudencia, habría incurrido en el mismo error, y de allí se infiere o se deduce el carácter de común o colectivo de éste. 'En esa investigación (sobre el carácter de necesario e invencible del error), se tienen en cuenta —dice Gorphe— los usos corrientes y sobre todo las medidas de publicidad que han rodeado el error. Los terceros han podido legítimamente atenerse a las declaraciones contenidas en la publicidad. Por el contrario, no tienen el derecho de ignorar lo que ha sido publicado'. 'Una publicidad apropiada —dice en otra parte de su obra el mismo autor—es el mejor modo de evitarles errores y sorpresas a los interesados... El sistema de organización más completo en este sentido es el del 'livre foncier', que funciona especialmente en Alemania, en Austria, en Suiza, en Dinamarca, así como en Alsacia y Lorena y que les indica a todos, por las instrucciones, el verdadero estado de la propiedad inmueble. El 'livre foncier', como lo dice el Código Federal suizo, da el estado de los derechos sobre los inmuebles. Asimismo, el registro matrimonial indica los derechos de las gentes casadas, y el registro de las personas suministra los datos sobre las incapacidades de diversas especies'. Entre nosotros, el sistema de registro de los instrumentos públicos existe más o menos en las mismas condiciones que en los países citados por Gorphe. Pero en cambio, no tenemos verdadera publicidad sobre el estado civil de las personas porque no hay organismos ni oficinas de centralización de los informes que, sobre tal estado civil, aparecen dispersos y desordenados en todas las parroquias y notarías. Un sujeto que nace en Cali puede ser bautizado en Popayán, puede casarse en Cúcuta y morir en Riohacha. Su fe de bautismo aparecerá en alguna de las parroquias de Popayán, su partida de matrimonio se encontrará en algunos de los archivos eclesiásticos de Cúcuta, y su partida de defunción habrá que ir a buscarla a Riohacha, sin que los interesados en conocer el estado civil de esa persona puedan ocurrir a un organismo central de publicidad que les permita conocer todos esos datos. Pero hay más: es que en el caso presente, para llegar a las conclusiones a que llega la Sala, no es en realidad necesario acreditar el carácter de COMUN o COLECTIVO o GENERALIZADO del error. Este carácter, como lo advierte Gorphe, no sirve sino para hacer presumir que ese error es INVENCIBLE o COMPLETAMENTE EXCUSABLE, que es lo esencial, en todos los casos, y que es lo que en el presente aparece incuestionablemente acreditado. 'El error común — ha dicho recientemente Henri Mazeaud— es el error invencible. Por consiguiente, desde que un error, sea de hecho o de derecho, se reconozca como invencible, el adagio ERROR COMMUNIS de-

berá aplicarse'. Lo verdaderamente tantas veces aludida tenga aplicación, es que el error sea completamente excusable o invencible. Si en la máxima se habla de error común es, como se ve, por la cita antes hecha de Gorphe, porque lo generalizado del error hace presumir que éste es invencible, y no porque en realidad de verdad desempeñe un papel trascendental, desde un punto de vista ajeno a la prueba, la circunstancia de que un número más o menos grande de personas haya incurrido efectivamente en el mismo error. Por eso la jurisprudencia francesa lo que exige generalmente cuando se trata de aplicar la máxima tantas veces mencionada, es que se trate de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un 'error contra el cual era imposible precaverse', o de un 'error tal que los más prudentes y avisados habrían incurrido en él lo mismo que aquel que lo alega en su defensa, y que, en lo que concierne a este último, le haya sido moralmente imposible evitarlo'. Y ello ocurrió, en el caso que se estudia, como se desprende de todo lo arriba expuesto. Tomando todas las precauciones y medidas de prudencia que las personas más avisadas y prudentes hubieran podido tomar, el demandado no habría evitado el error en que incurrió respecto de la formación y disolución de la sociedad conyugal Triviño-Paz, pues, como se ha explicado tantas veces, no es posible esperar, ni siquiera de las personas más ejemplarmente diligentes, que cuando van a comprar un inmueble hagan investigaciones en todas las parroquias y notarías de la República sobre el estado civil de todas y cada una de las personas que figuran como causantes o como causahabientes la totalidad de las escrituras relativas a transferencias de dominio de ese inmueble en un lapso de treinta años. Si en las respectivas escrituras no aparece dato alguno que haga surgir siquiera dudas respecto de la posible disolución de una sociedad conyugal no liquidada y si, de otra parte, no puede sospecharse tampoco que el respectivo comprador haya tenido, por razón de sus relaciones sociales, o de las noticias de prensa, etc., alguna información susceptible de suscitar dudas sobre esa misma posible disolución de una sociedad conyugal ilíquida, es claro que puede decirse con propiedad que se trata, como se trata en este caso, de un error que no ha podido ser previsto ni impedido, o de un error contra el cual era imposible precaverse, o de un error en que habrían incurrido hasta los más prudentes y avisados, es decir, de lo que técnicamente se denomina error COMUN, aunque este carácter de COMUN no tiene importancia sino desde el punto de vista de la prueba. III.—CULPA DE LA ASIGNATARIA DEMANDANTE.—Como se ha visto, la señora Adelaida Paz de Triviño murió en 1894. Los interesados —entre los cuales se encontraba la adjudicataria demandante, Aquilina Triviño viuda de Potes, que tenía acción para promover la práctica de los inventarios y de la partición, y que ya en el año de 1915, según consta en el expediente, era no sólo mayor de edad sino viuda— incurrieron en la negligencia e imprudencia de dejar pasar más de veinte años sin iniciar siquiera el juicio de sucesión de dicha señora y sin verificar diligencia alguna en orden a la liquidación de la sociedad conyugal, no obstante las obligaciones que al respecto tenían, conforme a los artículos 1821 y siguientes del C. C. Eso de por sí constituye ya una culpa en que participó la adjudicataria, Aquilina Triviño Paz de Potes. De otro lado, no es de presumir que dicha adjudicataria, al hacerse la partición que ella aprobó sin objeciones, ignorara un hecho que tenía que ser más o menos trascendental en la familia, cual era el de que el lote que se le adjudicaba estaba en poder de terceros en virtud de ventas hechas por su padre. La circunstancia de que se conformara con una adjudicación que en realidad de verdad sólo le hacía adquirir un derecho litigioso, a tiempo que a los demás adjudicatarios se les asignaban bienes que los herederos poseían, hace pensar que dicha adjudicataria no fue ajena a los propósitos profundamente sospechosos por lo ocultos con que Alonso Triviño intervi-

no en la adjudicación a su hija de bienes que ya él había vendido.— CONSIDERACIONES FINALES.— No es improcedente hacer notar, para concluir, que las doctrinas arriba expuestas sobre la buena fe y sobre el error común no han sido invocadas en este fallo para darle a dicha buena fe un efecto jurídico de CREADOR DE PROPIEDAD, ni para sostener que el título viciado de un simple poseedor pueda convertirse en verdadero y justo título por efecto de la buena fe reconocida, ni para afirmar que una tradición viciada pueda sanearse por el solo hecho de la buena fe, ni para admitir como válida una venta de cosa ajena con perjuicio de los derechos del dueño verdadero, ni, en general, para darle a la buena fe simple, de que habla nuestro Código, efectos distintos de los que allí se le asignan. Las aludidas doctrinas han sido invocadas, no para aplicarlas en toda la extensión y con todo el alcance que la jurisprudencia francesa contemporánea ha llegado a darles, sino para ilustrar la interpretación de los artículos 1805, 1806 y 1401 del C. C. y para hacer de éstos una aplicación verdaderamente científica. Un detenido estudio de esos textos, hecho a la luz de esas doctrinas y de los principios superiores de derecho en que ellas se apoyan, tenía que llevar a la Sala a la conclusión de que el artículo 1401, que se refiere a la partición de la herencia, no puede aplicarse de una manera absoluta e incondicional a la partición del haber de la sociedad conyugal, porque a su vez los artículos 1805 y 1806 no pueden ser interpretados en el sentido de que los poderes de administración del marido y la confusión de patrimonios cesan automática y mecánicamente en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, inclusive con respecto a terceros de buena fe exentos de culpa. Así como no cesa, con respecto a éstos, un mandato, en el instante mismo de la revocación, cuando ésta no ha podido ser conocida y así como no cesa, ante los mismos terceros, la existencia de una sociedad en el momento mismo de su disolución anticipada, así tampoco pueden cesar de una manera mecánica, en el momento de la muerte de la esposa, los poderes de administración del marido y la confusión del patrimonio de éste con el de la sociedad conyugal". Salvaron su voto los magistrados doctores Antonio Rocha y Miguel Moreno Jaramillo, los cuales dicen al final de su exposición lo siguiente: "La sentencia puede resumirse así: 'La venta de cosa ajena vale, con perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, aunque no se hayan extinguido por el lapso de tiempo". (Casación, XLIII, Nº 1904, mayo 20 de 1936)

	Pág.
	45, 1ª y 2ª,
	46, 1ª y 2ª,
	47, 1ª y 2ª,
	48, 1ª y 2ª,
	49, 1ª y 2ª,
	50, 1ª y 2ª,
	51, 1ª y 2ª,
	52, 1ª y 2ª,
	53, 1ª y 2ª,
	54, 1ª y 2ª,
	55, 1ª y 2ª,
	56, 1ª y 2ª,
	57, 1ª y 2ª, y 58 1ª

DOCUMENTO PERDIDO

- 97 -

Bonifacio Gaitán, cesionario de un documento a favor de Manuel Avilés por la suma de $ 3,500, demandó al presunto deudor, Salvador Vanegas, para que se le obligase a pagarle ese dinero. Con la sola declaración del secretario del Juzgado Municipal adonde Vanegas fue llamado para reconocer el documento, se pretendía que se apoderó de él y que así lo hizo desaparecer del expediente, no dejando prueba de él en el proceso. Como fuese absuelto el demandado recurrió en casación el actor Gaitán, acusando el fallo por violación de los artículos 606, 637, 643 y 645 del Código Judicial y por error de derecho en la apreciación de la prueba aducida.

"No lo cree así la Corte.—El legislador colombiano excluye la prueba de testigos respecto de obligaciones que han debido constar por escrito. Así lo ordena en forma prohibitiva el artículo 1767 del código civil. 'No se admitirá', dice de modo terminante. Pero la ley 153 de 1887, en sus artículos 91 y 93, ajustándose a lo establecido en otros países y a la doctrina de notables autores sobre suplencia de la prueba primordial, admite tres casos de excepción al principio que en punto de convenciones prohibe la prueba de testigos, a saber: exiguo valor del litigio, principio de prueba por escrito e imposibilidad de obtener prueba literal.—Todo esto sin perjuicio de los demás casos expresamente exceptuados por la ley. No hay para qué discutir sobre la modicidad del litigio ni sobre el principio de prueba por escrito, porque no son estas dos primeras excepciones el objeto de la presente controversia. Aunque la ley 153 no lo dice de modo expreso, y por su texto pudiera creerse que la última excepción procede sólo cuando fue imposible obtener inicialmente prueba escrita, considera la Corte que a ese privilegio, contrario a la limitación legal de la prueba de testigos, puede acogerse también el acreedor que ha perdido su documento por causa de fuerza mayor o caso fortuito, como lo sería un hecho criminoso que produjera la privación de la prueba escrita. Demostrada cabalmente la existencia de la obligación o la del documento y su tenor, se rehace el contrato perdido porque habría imposibilidad absoluta, EX POST FACTO, de exhibir la prueba literal. El artículo 1348 del código francés habla expresamente de la pérdida del título del acreedor 'por consecuencia de un caso fortuito, imprevisto y resultante de una fuerza mayor'. Esta excepción del código napoleónico es natural desarrollo del principio según el cual nadie está obligado a lo imposible. Acepta el tribunal que hubo un escrito en que aparecían Vanegas como deudor y Avilés como acreedor. Después de éste, su cesionario Gaitán. Y, aunque admite esa existencia y esa desaparición, absuelve al supuesto deudor porque no cree jurídico condenarlo sin la prueba de que el documento perdido emanó efectivamente de él. Es posible que en el ánimo del tribunal influyera el hecho de no haber hallado en los autos prueba oral de la obligación contraída por Vanegas en favor de Avilés, ya que el papel perdido no era fuente de obligaciones sino prueba literal de la que existiese contra el supuesto deudor y a favor del supuesto acreedor. Pero aun sin tener en cuenta dicha circunstancia, el fallador hizo diferencia entre los hechos de existir y perderse luégo un documento, verdadero o falso, y el de que ese escrito demostrara sin lugar a duda la existencia de una obligación a cargo de quien figuraba como otorgante. El actor no pide se haga la declaración de que el documento existió primero y dejó de existir después por acto delictuoso del supuesto obligado. No. El pide se declare que Vanegas le debe $ 3,500.-00. en oro colombiano. Al tribunal no se le comprobó con testigos la existencia de la obligación, es decir, que Vanegas se obligara por $ 3,500.-00 en favor de Avilés, mediante instrumento cedido por éste a Gaitán y desaparecido luégo. La prueba no vino a los autos. El tribunal, sin negar que hubo un documento cuyo texto era favorable a Avilés y contrario a Vanegas, no se atreve a condenar a éste como deudor de aquél o de su cesionario Gaitán. Bien se comprende que el tribunal advirtió la gravedad de ese paso y se dio cuenta de que si la existencia de un documento contra determinada persona y su desaparición por cualquiera causa, dando entrada a la prueba testimonial, demostrara obligaciones contra la persona que en el papel perdido figuraba como deudor, la regla de prueba literal se trocaría en la excepción de prueba testimonial, y los patrimonios quedarían a merced del dicho de testigos a quienes les bastaría forjar documentos con el propósito de obtener luégo testimonios sobre su contenido y su pérdida, para que los jueces dedujeran obligaciones contra el imaginado deudor. En el proceso quizá haya algunos datos sobre la fuente misma de

la obligación, pero no es el caso de estudiar este punto de índole probatoria en el presente juicio ordinario, porque no fue materia del recurso. Por la misma razón tampoco se considera si el tribunal, en este juicio que es ordinario y no ejecutivo, debió admitir que la prueba testimonial sobre preexistencia y pérdida del escrito, reemplazando al documento desaparecido, es decir, probando la prueba, obligaba al demandado a demostrar que el documento fue falsificado o que la obligación adoleció de nulidad o estaba ya solucionada. Compréndese que el recurrente no dio importancia a aquellos datos y que en la repulsa del demandado vio un obstáculo para sostener el reconocimiento tácito de la obligación o el de su prueba inicial o literal. Nadie vio firmar el escrito a Salvador Vanegas y nadie —fuera de Ulpiano Soto, cuya declaración desecha el tribunal —asegura que aquél solicitase los servicios de testigos que autorizaran ese escrito con sus firmas. Sabiamente disponía el artículo 763 del código judicial anterior, que cuando los documentos privados que expresan obligaciones están autorizados por dos testigos, si éstos declaran en la forma ordinaria que vieron firmar a la persona contra quien se aduce el documento, o que ella les pidió que lo firmaran como testigos, habiendo visto al tiempo de hacerlo la firma de la parte, harán plena prueba sobre su contenido. Nadie dice, tampoco que el supuesto deudor confesara alguna vez, siquiera fuese extrajudicialmente, deber algo al supuesto acreedor. No huelga recordar que la presunción de autenticidad de las firmas en los instrumentos negociables, consagrada por el artículo 4º de la ley 46 de 1923, constituye una excepción a los principios generales sobre prueba de los documentos privados. Ordinariamente los documentos privados que contienen obligaciones a cargo de sus otorgantes, adquieren la fuerza de confesión judicial cuando han sido extendidos y registrados o reconocidos por las personas que deben cumplir esas obligaciones. Esta es doctrina del artículo 637 del código de procedimiento. Y la confesión judicial tiene fuerza de plena prueba, como lo manda el artículo 606 del mismo Código. Estas normas se aplican cuando está comprobado que el documento fue extendido por el supuesto deudor y que éste lo registró o reconoció en la forma legal. Nadie ha dicho que Vanegas extendiera el documento, o lo registrara, o lo reconociera. Tampoco ha obrado en autos, como lo afirma el recurrente, con conocimiento de la parte obligada, según lo previene el artículo 645 del código judicial, porque esta disposición supone que haya partes. El artículo 694 del código judicial anterior, exigía que el documento hubiese obrado 'en los autos de un juicio'. Y en el 706 habla también de 'partes' y de 'juicio'. El código actual, en su artículo 645, trata del documento que habiendo obrado en los 'autos' con conocimiento de la 'parte' obligada no ha sido objetado o redargüido de falso, para que la 'parte' que lo presenta pruebe su legitimidad. Aunque expresamente no se exige que haya juicio, debe suponérselo puesto que se llama PARTE el litigante o grupo de litigantes que sostienen en JUICIO unas mismas pretensiones, como define el artículo 202 del código judicial vigente... La corte no advierte error manifiesto del tribunal en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a no admitir la autenticidad del documento atribuído a Vanegas. Se desechan las causales alegadas. En resumen: En punto de convenciones que debieron constar literalmente, es necesario suplir el título físico con otras pruebas que acrediten uno de estos dos extremos: O la preexistencia de cierto acto jurídico consignado luégo en un papel probatorio que desapareció más tarde; O la creación y pérdida de cierto documento digno de fe, cuyas cláusulas acreditaban determinada obligación. En uno y otro caso hay necesidad de establecer la pérdida del documento. Pero en el primero se suma esta prueba a la del acto jurídico que engendró la obligación. En el segundo, se suma a la del título material cuyo contenido se conoce por las otras pruebas. Sólo con estas condiciones puede lo oral ser equivalente de lo escrito. La ley no puede venir

Págs.

en auxilio de aquel cuya alegación no aparece firmemente cimentada en uno de los dos antecedentes sumarios. Establecidas la fuente de la obligación y la existencia y pérdida del documento que la acreditaba, no importa que los declarantes jamás leyeran ese documento. Pero si el examen testifical no lleva hasta la fuente misma, debe investigarse el contenido exacto en lo esencial del título escrito y establecerse la autenticidad, antes del juicio ordinario o dentro de éste, por los medios directos o indirectos que admite la ley. Autenticidad se toma en este caso en el sentido de que el documento emana realmente de la persona a quien se atribuye. He aquí, en sentir de la corte, el significado de tan importante prueba supletoria". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 9 de 1936) ..... 578, 1ª y 2ª; 579, 1ª y 2ª, y 580, 2ª

DUDA SOBRE LA CAUSA QUE PRODUCE LA MUERTE DE UNA PERSONA

- 98 -

"Ante la falta de unidad de criterio en las exposiciones periciales médicas sobre la causa de la muerte de una persona que fue herida, se le plantea al sentenciador de instancia una duda que viene a afectar la plenitud de la prueba del cuerpo del delito de homicidio, la cual debe resolverse a favor del procesado en el sentido de juzgarlo por heridas." Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, octubre 9 de 1936) 852, 1ª

EFECTOS DE LAS CONVENCIONES Y DE LAS OBLIGACIONES

- 99 -

Se demandó el pago de perjuicios por el incumplimiento del demandado en cuanto a una promesa de contrato. El actor recurrió de la sentencia que absolvió a la parte demandada y acusó el fallo de violación de varios artículos del Código Civil, entre ellos el 1609.

Págs.

"Del principio fundamental sobre fuerza obligatoria de los contratos, consagrado en el artículo 1602 de nuestro Código Civil, se deriva la necesidad, para cada uno de los contratantes, de ejecutar su prestación de conformidad con una serie de reglas jurídicas que son aplicables, unas, a todos los contratos, y otras a los contratos sinalagmáticos únicamente. Las reglas aplicables a todos los contratos son éstas: a) Las convenciones deben ser ejecutadas de buena fe, lo que vale decir que los contratantes deben proceder honesta y lealmente y ajustándose en un todo a los dictados de la equidad, y que deben cumplir sus obligaciones y ejercitar sus derechos sobre la base de que, habiendo sido como fue consagrada por la ley la obligación en razón de su utilidad social, no se puede abusar del derecho ni perder de vista la finalidad de su convención. b) El deudor de la obligación debe poner, en el cumplimiento de ésta, la diligencia y el cuidado de un buen padre de familia, cuando se trata de convenciones como la que se estudia, hechas en beneficio de las partes. Las reglas jurídicas especiales de los contratos sinalagmáticos — tendientes todas ellas a conservar la simetría contractual exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral — se explican por la noción de CAUSA DE LAS OBLIGACIONES y se derivan del modo como tal noción incide sobre el mecanismo de esos contratos sinalagmáticos. Son tres esas reglas: a) Las obligaciones recíprocas de las partes deben ser ejecutadas SIMULTANEAMENTE, a menos que, por excepción, los contratantes hayan pactado otra cosa o la naturaleza de la convención se oponga a ello. De tal manera que si la ley o el contrato no prevén lo contrario, ninguno de los contratantes está obligado a efectuar su prestación antes que el otro; b) Si uno de los

contratantes rehusa o descuida ejecutar su obligación, el otro puede pedir judicialmente la resolución del contrato o el cumplimiento de éste, con indemnización de perjuicios, siendo de advertir que este derecho de opción, como consecuencia que es de la noción de causa, está condicionado por el sentido de ésta; c) Si un acontecimiento de fuerza mayor impide a uno de los contratantes ejecutar su obligación, el otro queda libre de la suya, salvo el caso del artículo 1607 del C. C., texto éste que, por una imperfecta adaptación del principio RES PERIT DOMINO, contraría las reglas de simetría contractual en los contratos sinalagmáticos. La primera de las indicadas reglas tiene una aplicación fundamental en la llamada EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS, creada por los canonistas; consagrada, sin necesidad de texto expreso, por la doctrina francesa contemporánea; reconocida, de manera explícita, por el artículo 1609 de nuestro C. C.; y reglamentada muy técnicamente por los códigos más modernos, como el alemán (artículos 320 y 322) y el suizo de las obligaciones. Mediante la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS cada uno de los contratantes puede negarse a ejecutar su prestación mientras no reciba la respectiva contraprestación, para llegar de esa suerte a obtener por la convención que se ejecute 'dando y dando'. Pero como no sería una solución satisfactoria la de dejar indefinidamente en una situación de incertidumbre sobre las intenciones de la otra parte al contratante listo a ejecutar —que se vería expuesto así al peligro de que un día cualquiera se le exigiera sorpresivamente la ejecución prometida — había que reconocer en su favor el derecho de poder obtener la liquidación de esa situación en una forma que le devolviera su libertad. Para atender a esa necesidad, a esa exigencia de la moral y de la justicia, el Derecho Canónico — sobre la base de la regla formulada por sus moralistas: NON SERVANTI FIDEM, NO EST FIDES SERVANDA—creó la teoría de la resolución del contrato con características distintas a las del pacto comisorio romano, como que, según lo asienta Ripert, aquélla no es otra cosa que la consagración de una regla moral que atempera el rigor de los principios del Derecho Romano y que no constituye una aplicación de la ley de las partes sino 'un échec au contrat'. Introducida más tarde al derecho civil la resolución — como una aplicación de la teoría de la causa, según Capitant, Planiol et Ripert y otros autores; o como una manifestación del pricipio de la equivalencia de las prestaciones, según Maury; o como una repercusión de los MOVILES DETERMINANTES de las partes en el mantenimiento del equilibrio contractual, según Jesserand — hoy se encuentra consagrada en todos los códigos, aunque en algunos como el francés y el colombiano, en una forma que — al sentir de la mayor parte de los tratadistas contemporáneos (Ripert, Esmein, Capitant) — es muy poco técnica, porque se presenta allí como un pacto comisorio tácito cuando en realidad es una regla de equidad, que reposa sobre una idea moral, y que se impone a las partes sin que ellas puedan renunciar a su aplicación por anticipado. Así — mediante las dos instituciones explicadas: EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS y acción resolutoria — se asegura en los contratos sinalagmáticos el equilibrio de los intereses de las partes; se realiza el principio de simetría contractual derivado de la reciprocidad y correlación de los compromisos surgidos de las convenciones bilaterales, y se atiende a las consecuencias que en el mecanismo de tales convenciones tienen el principio de la buena fe, la noción de causa y la de MOVILES DETERMINANTES del acto jurídico. De esa manera, cuando un contratante no ejecuta su obligación el otro no se encuentra ante el dilema de demandar la resolución o emplear las vías judiciales de ejecución forzada. Tiene un tercer camino: rehusar provisionalmente la ejecución hasta el día en que la otra parte ejecute su obligación, o, en otras palabras: no ejecutar sino 'dando y dando'. Asimismo, el contratante que se protege con la EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS no se

Págs.

coloca en el peligro de permanecer indefinidamente en una situación de incertidumbre. Para ponerle término a ésta, puede, cuando el contratante esté en mora, demandar la resolución, o sea la declaración judicial en virtud de la cual queda relevado de su compromiso por razón de la inejecución del compromiso del co-contrante. Pero claro está que mientras la resolución no se pronuncie — ya porque no se intente la acción respectiva ya porque no haya fundamento siquiera para alegarla— solamente la prescripción puede, en principio general, ponerle término al derecho de cada uno de los contratantes para exigir la ejecución de la obligación del otro. Lo anterior es bastante para poner de manifiesto la situación de la aplicación que el Tribunal hizo en este caso de los artículos 1602, 1609 y 1546 del Código Civil". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, febrero 29 de 1936) 342, 1ª y 2ª, y 343, 1ª

EJECUCION POR OBLIGACIONES EMANADAS DE CONTRATOS BILATERALES

- 100 -

Se había librado ejecución por jurisdicción coactiva contra un Departamento por la falta de pago de unos cánones de arrendamiento. Se excepcionó por petición fuera de tiempo, basada en ser el contrato de arrendamiento bilateral y no haber cumplido la arrendadora, según el excepcionante, las obligaciones de su parte.

"Para que esta excepción — cuyo apoyo podría encontrarse en el artículo 1609 del Código Civil — prospere, no basta que el contrato sea bilateral, pues cuando en éste consta el cumplimiento de las obligaciones debidas por la parte ejecutante, y ésta ha afirmado que la otra no ha cumplido las obligaciones que evidentemente sean claras y expresas y exigibles, la ejecución es procedente. Así, si en un contrato de compraventa, que es bilateral, consta que el vendedor hizo entrega de la cosa vendida y cumplió todas las demás obligaciones que según el contrato debían preceder al precio, dicho vendedor podría exigir ejecutivamente del comprador el pago del precio. Tratándose de un arrendamiento, en que el arrendador ha concedido el goce de la cosa y cumplido las obligaciones que naturalmente debieron preceder al pago del canon, puede afirmarse que el pago de éste es exigible ejecutivamente por el arrendador, siempre que el contrato reúna también las condiciones de forma que requiere el artículo 982 del Código Judicial. En los contratos en que las obligaciones de las partes sean alternadas y sucesivas, 'el tiempo debido' de que habla el artículo 1609 del Código Civil para que una parte cumpla o se allane a cumplir el contrato no llega mientras el otro no haya cumplido su anterior obligación, o se haya allanado. De suerte que es indispensable examinar, en primer lugar, si quien reclama de otro el cumplimiento de una obligación ha cumplido con la suya o si era llegado 'el tiempo debido' para cumplirla. La Corte ha dicho: Las obligaciones deben cumplirse en el orden que dispone la ley o en el orden estipulado en el contrato'. Consiguientemente, la ejecución con contratos bilaterales es algunas veces procedente; otras, no. Todo depende del cumplimiento o allanamiento y del 'tiempo debido'. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, marzo 3 de 1936) (1) 287, 1ª

EJERCICIO DE LA FACULTAD DE AUMENTAR O DISMINUIR HASTA UNA SEXTA PARTE DE LA DIFERENCIA ENTRE EL MAXIMO Y EL MINIMO DE LA PENA SEÑALADA POR LA LEY

- 101 -

Se interpuso recurso de casación porque a la pena de seis años de presidio que le correspondía al reo se

(1) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el número 162 de la obra titulada "Doctrinas legales del Tribunal Superior de Ibagué", por el doctor Antonio Rocha.

Págs.

le agregó un año más por el Tribunal sentenciador.

"Como el artículo 124 del Código Penal califica de 'arbitrio' la facultad de aumentar en una sexta parte el mínimo disponible (sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo); y como el mismo precepto legal deja la aplicación de tal aumento 'en todos estos casos, al prudente juicio de los jueces que aplican la pena, según la mayor o menor gravedad que resulte', estima la Corte que esta atribución incumbe al sentenciador de instancia de manera que pudiera llamarse soberana, pues no de otro modo se explicaría la forma enfática y casi redundante como la ley ha establecido tal potestad. En efecto: como si no hubiera sido suficientemente explícito, agrega el legislador que el uso de tal arbitrio 'en todos estos casos' (esto es, sin exceptuar ninguno) se confía a 'los jueces que aplican la pena'. Como a la Corte no le corresponde aplicar penas porque el acusado en el recurso de casación no es, estrictamente, el reo, sino la sentencia recurrida, resulta que a la Corte no le incumbirá ejercer la atribución de aumentar o disminuir la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo de la pena imponible sino en el caso de que al infirmar un fallo, por motivo diferente del que en el presente recurso se ha alegado, tenga que proferir el que deba reemplazar la sentencia recurrida." (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, marzo 27 de 1936)..... 217, 2ª y 218, 1ª

EMPLEADO DE MANEJO

- 102 -

En un juicio ejecutivo contra un empleado de manejo alegaban como excepción sus fiadores la excepción de caso fortuito, derivada del hecho de habérsele perdido o extraviado los valores que se hallaban a su cuidado en la oficina de aquél, en su carácter de administrador de correos.

"Las relaciones jurídicas de un empleado con la entidad a la cual sirve, caben dentro del segundo caso contemplado en el inciso primero del artículo 1604 del C. C., porque reportan beneficio recíproco a las partes. Por tanto, el empleado es responsable hasta de la culpa leve, conforme a la disposición citada. El fiador, por su parte, también responde hasta de la culpa leve, en todas las prestaciones a que fuere obligado, según el artículo 2377 del C. C. El artículo 63 del C. C. define la culpa leve, descuido leve, descuido ligero, como 'la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios'. Según lo anterior, estaba obligado el señor Téllez a observar diligencia y cuidado para la guarda de los dineros o valores a él confiados, y del cumplimiento de esos deberes era responsable no solamente él, sino también sus fiadores". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 26 de 1935)..... 237, 1º

EMPLEADO DE MANEJO

- 103 -

"Por el hecho de desempeñar un cargo como el de administrador de correos se halla el funcionario en una situación especial que le impone la obligación de observar un celo extremado en el cuidado de los valores a su cargo; y así debe responder en la conservación de esos objetos hasta por hecho o culpa de terceros, excepto, naturalmente, cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 7 de 1935)..... 243, 1ª

ENVENENAMIENTO

- 104 -

Se había procesado y condenado a veinte años de presidio a una muchacha que le dio a su anciano marido higuerilla, pero no se pudo comprobar que esa sustancia hubiese sido la causa de la muerte de que se hacía responsable a la acusada, ya porque no se practicó oportunamen-

Págs.

te la autopsia del cadáver, ya porque los peritos médicos no pudieron concluír nada sobre ese asunto.

"Hay delitos cuya existencia puede establecerse por los medios ordinarios de prueba; pero otros, por ejemplo el de envenenamiento, requieren una comprobación científica, que en el presente caso falló". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 18 de 1936) 863, 2ª

EPILEPSIA COMO CAUSA DE NO IMPUTABILIDAD

- 105 -

Se le había seguido causa criminal a un soldado y se le había condenado por un Consejo de Guerra, por el delito de deserción. Al ser consultada la sentencia de conformidad con los artículos 111 y 112 de la ley 84 de 1931, dijo la Corte sobre el punto:

"En el caso de este proceso obran, como documentos de gran entidad, un certificado del médico oficial de sanidad del batallón al cual pertenecía aquel sindicado (folio 16), un parte del mismo oficial de sanidad al comando del batallón (folio 17) y una ratificación, juramentada ante el funcionario instructor, del mismo médico (folio 18). El primero de los aludidos documentos dice que el soldado Manuel Antonio Castro ha presentado ataques de epilepsia esencial durante su permanencia en el cuartel'; declara muy verosímil que el procesado esté sufriendo de esa enfermedad desde la edad de doce años; y afirma lo siguiente... 'El estado mental de este soldado también presenta anormalías, pues se nota abulia y limitación de iniciativa'. El segundo de aquellos documentos dice: 'Es enfermo de epilepsia y presenta en la actualidad trastornos mentales que hacen dificultosa su estadía en el cuartel'. Y en la diligencia de ratificación explica el señor médico su concepto, o lo amplía, en los términos siguientes: '...Sólo puedo afirmar que Manuel A. Castro tiene, a causa de su enfermedad, una mentalidad notoriamente anormal; que aun cuando no puede catalogarse como demente, sí puede afirmarse que el progreso de su enfermedad lo llevará a la demencia epiléptica y que ha podido la misma enfermedad determinar, en uno o varios momentos de su vida, movimientos impulsivos inconscientes dentro de los cuales bien ha podido cometer los hechos delictuosos que se investigan'. El reparo hecho por el señor comandante de la brigada, en cuanto a que ha debido producirse el dictamen médico en forma plural, es acertado; pero el mismo funcionario, al revocar el auto de sobreseimiento habría podido ordenar que se complementara la prueba de la manera legal y prudencial que se indica en el auto de folios 14. Pero no puede perderse de vista el valor de excepción que tiene en este caso el dictamen del facultativo, si se considera que como médico del batallón en el que el procesado formaba, tuvo oportunidad de conocerlo y observarlo clínicamente aun antes de haber sucedido el hecho que al soldado se le imputa como delictuoso. Y tampoco es despreciable, dado el diagnóstico de epilepsia esencial, la consideración de que el dictamen de irresponsabilidad rendido por el señor médico del batallón, tiene respaldo científico en los tratadistas de psiquiatría forense, y más, si se tiene en cuenta que el hecho imputado es el de deserción.... Dice W. Weygandt, en la página 308 de su obra PSIQUIATRIA FORENSE, edición Labor, 1928: 'Los accesos de FUGA IMPULSIVA o de andar sin rumbo horas, días o semanas (DESOMOMANIA y POMOMANIA), tienen mayor importancia forense. El epiléptico vagabundea sin darse cuenta de lo que hace, vestido descuidadamente, marcha por bosques y carreteras sin comer ni beber, aprovecha todos los vehículos que se le ofrecen sin que se hayan dado cuenta de su estado las personas que le prestan auxilios (DESERCION)'. Y otros expositores de medicina mental apuntan igualmente como sintomático de la epilepsia el delirio ambulatorio o al menos la marcha inopinada e inmotivada, la necesidad inconsciente en el enfermo de ausentarse o de vagar. Estas solas consideraciones bastan pa-

Págs.

ra ver cómo el auto de sobreseimiento era procedente, tanto de acuerdo con los principios generales del art. 29 (frase final del numeral 1º) del Código Penal, como teniendo en cuenta las consideraciones hechas por el señor Auditor de Guerra en relación con el artículo 209 de la ley 84 de 1931". Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, Nos. 1907 y 1908, junio 16 de 1936) ..... 427, 1ª y 2ª, y 428, 1ª

EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DELITO

- 106 -

Un recurrente en un proceso por homicidio fundaba el primer motivo de casación de la sentencia en que en el auto de proceder se dijo que la muerte de la víctima había ocurrido en la noche de cierto día, siendo así que en esa noche apenas fue herido y que el fallecimiento se verificó al día siguiente. De esta circunstancia deducía que se había incurrido en la nulidad de que trata el numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887.

"La Sala considera, de acuerdo con el concepto del Procurador, que esta diferencia de horas no constituye una nulidad, aun cuando en el auto de proceder se haya dicho que el homicidio se cumplió la noche del 17 de enero de 1932. Para ello se funda la Sala en que la ley emplea el término EPOCA, sustantivo que, entendido en su significación corriente, significa 'período de tiempo que señala por los hechos históricos durante él acaecidos', 'o, por extensión, cualquier espacio de tiempo'. Así define el vocablo, en sus significaciones corrientes el Diccionario de la Lengua; y así ha de entenderlo el juzgador porque ese es su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que deben tomarse en la ley en esa forma y sentido, según la regla consignada en el artículo 28 del Código Civil. No cabe sinonimia entre la palabra DIA y la voz EPOCA. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es una medida de tiempo, indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte; y época, como ya se vio, expresa cualquier espacio de tiempo. De otro lado en tratándose de un proceso, de un juicio, de un sumario, de una relación de hechos delictuosos e imputables al agente, al ejecutor de ellos, el período de tiempo en que ellos ocurran está señalado por las circunstancias, no sólo de tiempo sino de lugar, de ubicación, que determinan el suceso individualizándolo, no sólo por el espacio día o por el espacio hora, que son medidas de tiempo, sino por otras notas características, complementarias y lo señalan como culminante, como separación de períodos más o menos largos, o más o menos cortos, en que se cumple el suceso. Por eso la ley usó el término EPOCA, pues la ejecución de un hecho puede ocurrir en distintas medidas de tiempo, que jalonan ese lapso por otras circunstancias complementarias. No existe, pues, equivocación, en el presente caso, en cuanto a la época en que ocurrieron los hechos que fatalmente culminaron con la muerte de Eliseo Uribe, y por ello no existe tampoco la nulidad sustancial alegada. No existiendo ella en el juicio, no ha habido violación de la ley procedimental". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, julio 28 de 1936) 666, 2ª

ERROR

- 107 -

Por habérsele adjudicado a Bartolomé López en la partición de bienes de la sucesión de Juan de Jesús Tenorio y Rogelia Villalobos, cónyuges entre sí, unos bienes raíces, demandó Juan de Jesús Tenorio Villalobos, como heredero de aquéllos, a López y a otra copartícipe para que se declarase rescindible o nula la aludida partición "por causa de error y dolo cometido por el nombrado partidor". Decía el demandante que entre lo adjudicado a Bartolomé López se había incluído media plaza de terreno comprada por él a Manuel Salvador López y que no pertenecía al inmueble que a su muerte dejó como herencia Juan de Jesús Tenorio Gil; que tal inclusión se debió a que el partidor no leyó con atención la

escritura referente a la venta hecha por Manuel Salvador López a Bartolomé López, y tomó como linderos del lote que Salvador López había adquirido de Juan de Jesús Villalobos, los linderos generales de los dos lotes vendidos por medio de aquel intrumento a López, etc.... El Tribunal de Cali confirmó la sentencia apelada en cuanto a la declaración de nulidad de la partición y en cuanto a la consecuencia sobre verificación de una nueva partición, y la revocó en lo concerniente a la nulidad de las enajenaciones que tuvieran por base la partición y a la nulidad de posesión material de los bienes mal partidos. Recurrió López en casación acusando el fallo por errónea interpretación del artículo 1519 del Código Civil y por violación de los artículos 6º, inciso 2º, 1602, en relación con los artículos 1405, 1509 y 1512 del mismo Código. Dijo la Corte:

"EXAMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE CASACION

Las particiones se anulan o se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos, dice el artículo 1405 del Código Civil, y el 1408 agrega que no podrá intentar la acción de nulidad o rescisión el partícipe que haya enajenado su porción en todo o parte, salvo que la partición haya adolecido de error, fuerza o dolo, de que le resulte perjuicio. De esta manera — a diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, en el cual se excluyó explícitamente el error como causa de nulidad de la partición — entre nosotros puede ser anulada una partición cuando el consentimiento de alguno o algunos de los copartícipes haya quedado viciado por alguna de las formas, categorías o modalidades de error que, al tenor de los artículos 1510 y 1511 del Código Civil, vician el consentimiento de los que contratan. Importa, por lo tanto, en el caso presente, señalar el exacto alcance de los referidos artículos 1510 y 1511, y determinar las formas o tipos de error que constituyan vicios del consentimiento, para darle de esta suerte correcta aplicación a los dos textos primeramente citados, pero no es improcedente — para dejar con claridad dilucidada una materia en que el Tribunal hizo confusiones — transcribir previamente lo que dicen los más modernos expositores franceses sobre las razones que tuvieron los legisladores del Código de Napoleón para no incluir el error entre las causales de nulidad de la partición. 'Según las reglas generales — dicen Planiol et Ripert, — la partición de un incapaz en la partición, cuando tal incapaz no haya sido debidamente representado, la hace anulable. Sucede lo propio con los vicios del consentimiento que puedan ocurrir en alguna de las partes. El artículo 887 expresamente repite esto por lo que atañe a la violencia y al dolo. Pero ese artículo no habla del error. SE CONSIDERA GENERALMENTE QUE ESTA OMISION ES INTENCIONAL Y QUE DEPENDE DE LA IMPOSIBILIDAD DE ATACAR UNA PARTICION BASANDOSE EXCLUSIVAMENTE EN ESE VICIO. Esta concepción conduce a soluciones razonables porque el espíritu de la ley es el de asegurarles a las particiones la más grande estabilidad posible. Por lo demás, la equidad no se ve con ello amenazada porque muy generalmente se pueden corregir los desequilibrios provenientes de apreciaciones erróneas por medio de medidas menos graves que la nulidad. Si algunos elementos de la sucesión se han escapado por error en la operación de repartición, bastará complementar la partición. Si el error consiste en la introducción en la masa partible de cosas no pertenecientes a la herencia el copartícipe adjudicatario tendrá la acción de saneamiento cuando sea perturbado por el verdadero propietario. 'Si se incluye entre los copartícipes a alguno que no tenía derecho en la sucesión, los herederos ejercerán contra él una acción de petición de herencia complementada por una partición adicional de los bienes que vuelvan a la indivisión. 'Si hay error en la determinación de los derechos hereditarios, los copartícipes lesionados podrán reclamar por la misma vía la restitución de las fracciones atribuídas o adjudicadas en exceso: es, en efecto el mismo princi-

pio de la vocación hereditaria el que se ha desconocido y no sólo hay error de atribución sino ausencia de derecho en los herederos favorecidos por error. Más simplemente en este último caso será posible invocar por analogía los artículos 2058 del C. C. y 541 del C. Pr. para reconocer a las partes la posibilidad de rectificar los errores de cálculo de las cuotas-partes y otros'. 'Queda el error de avalúo de los diversos elementos de la masa: ese error se confunde forzosamente con la lesión y el modo como la ley le fija un mínimo, implican que no se debe entrar en el examen de las causas que han podido determinar el desequilibrio entre las partes, y que únicamente hay lugar a referirse a la extensión de ese equilibrio. Por virtud de la misma idea, en las particiones simultáneas de dos sucesiones deferidas a los mismos causa-habientes, los Tribunales no han admitido que pueda haber una rescisión por causa de error, independientemente de la existencia de una lesión que alcance la importancia exigida por la ley'. En el mismo sentido se expresan Colin et Capitan: 'UN VICIO DEL CONSENTIMIENTO EN UN COPARTICIPE. En esto el artículo 887 contiene una excepción al derecho común. En efecto entre los vicios del consentimiento no se señala más que la VIOLENCIA y EL DOLO, dejando a un lado el ERROR. Esta omisión es intencionada sin duda. El legislador ha considerado que en materia de partición no puede admitirse el error como una causa de nulidad específica. Porque, en efecto, sobre qué podría versar ese error? Sobre el valor de los objetos adjudicados a tal o cual heredero? ENTONCES SE CONFUNDE CON LA LESION Y DA LUGAR A LA RESCISION. Sobre la cuantía de la herencia de tal suerte que los copartícipes hayan dejado de incluir en la masa hereditaria algunos bienes del difunto? En este caso habrá lugar, no a la rescisión, sino a partición complementaria. Esto es lo que dispone el artículo 887 IN FINE: La simple omisión de un objeto de la herencia no da lugar a la acción de rescisión, sino simplemente a un aumento de la escritura de partición. Si, a la inversa, el error cometido consistiera en incluir en la partición bienes que no pertenecían al difunto, su resultado sería el nacimiento a favor del coheredero a quien se hubiera adjudicado esos bienes de la acción de saneamiento el día en que él hubiera sido desposeído de ellos por la evicción.—'Y, finalmente, si hubiera habido omisión de un coheredero, el error se confundiría con la rescisión, por lesión, pues ese copartícipe omitido habría quedado LESIONADO, no sólo en la cuarta parte, sino en la totalidad de su porción hereditaria y evidentemente en las condiciones requeridas para ejercitar esa acción...' Puesta así de manifiesto la dificultad —por no decir la imposibilidad— de encontrar en las particiones errores que realmente constituyan vicios del consentimiento y que por ende impliquen la nulidad de aquéllas, es pertinente ahora—de conformidad con lo anunciado arriba — exponer la verdadera teoría científica del error para analizar a la luz de ella la sentencia recurrida. De una manera que coincide mucho más perfecta y cabalmente con la letra y espíritu de nuestra legislación que con los correspondientes textos del Código de Napoleón, la doctrina francesa contemporánea, apoyándose en la jurisprudencia, clasifica en tres grupos las diversas clases o especies de error, según la incidencia de éste sobre el consentimiento. PRIMER GRUPO.—Errores destructivos del consentimiento o errores-obstáculos: a) Error sobre la naturaleza misma de la operación (Juan cree vender tal cosa y Pedro cree tomarla en arrendamiento); b) Error concerniente a la existencia o identidad del objeto (quiero vender determinada finca cuando el comprador quiera comprar y piensa que está comprando otra finca de mi propiedad); c) Error sobre la EXISTENCIA de la causa del compromiso (una persona cree que debe pagar un legado establecido por un testamento revocado). El primero de los indicados géneros de error corresponde al ERROR IN NEGOTIO de los romanos, y el segundo al ERROR IN CORPORE. Aunque realmente todos estos tipos de error deberían conducir a la inexistencia

del contrato, la ley colombiana los sanciona con la nulidad relativa.—SEGUNDO GRUPO.—Errores nulidades: a) Error sobre la SUBSTANCIA de la cosa; b) Error sobre la persona, cuando la consideración de ésta ha obrado como móvil determinante; c) Error sobre la EFICACIA de la causa como cuando Pedro suscribe un pagaré a favor de una persona creyendo estar obligado para con ella civilmente y no se trata en realidad sino de una obligación natural.—TERCER GRUPO.—Errores indiferentes: a) Error sobre las calidades que ni objetiva ni subjetivamente sean substanciales; b) Error sobre el valor; c) Error sobre la persona cuando ese error no ha sido DETERMINANTE del acto jurídico; d) Error sobre los motivos; e) Errores puramente materiales como los de cálculo. La anterior —que es la clasificación de Josserand— coincide en sus líneas generales con las presentadas por casi todos los autores contemporáneos, aunque la mayor parte de éstos no incluye en el segundo grupo el error sobre la eficacia de la causa y algunos le agregan al primer grupo el error en la declaración de la voluntad. Solamente Planiol, Ripert y Esmein prescinden de esa clasificación y se limitan a proponer como regla general la siguiente, que, por lo demás, coincide con la concepción en que se inspira dicha clasificación: 'Todo error, cualquiera que haya determinado el consentimiento y que sea de tal naturaleza que sin él la parte no hubiera contratado, es susceptible de acarrear la nulidad', siempre que no sea unilateral y que no sea inexcusable. Respecto del error del segundo grupo, denominado por la doctrina y la jurisprudencia francesas error sobre la sustancia, debe observarse que ha habido, desde los primeros comentadores del Código de Napoleón hasta hoy, una profunda e interesantísima revolución en el modo de apreciar e interpretar esa palabra 'sustancia' contenida en el art. 1110 de dicho código, según el cual 'el error no es causa de nulidad sino cuando recae sobre la sustancia misma de la cosa que es objeto de la convención'. Los primeros exégetas del código entendieron por sustancia la MATERIA de que la cosa estaba formada. Posteriormente, aunque todavía con un criterio estrechamente objetivo, se amplió para considerar como sustancia de la cosa 'no solamente los elementos materiales que la componen sino hasta las propiedades cuyo conjunto determina su naturaleza específica y la distingue, según las nociones comunes, de cosas de cualquier otra especie'. Más tarde, se abandonó dicho criterio objetivo para 'colocarse—como lo propuso el Marqués de Vareilles-Sommieres—en el lugar y en el punto de vista de los contratantes,' y entender por SUSTANCIA las calidades sustanciales de la cosa, o sea de aquellas 'que la parte—como dijo Planiol—tuvo principalmente en vista al dar su consentimiento; aquellas sin las cuales no habría contratado'. La evolución ha culminado —siempre sobre la base de que por sustancia hay que entender las calidades sustanciales— con la teoría contemporánea — inspirada en un criterio subjetivo, de orden psicológico, que encuentra su centro de gravedad no en un elemento material sino en la noción de móvil determinante de la voluntad— según la cual son sustanciales aquellas calidades que han sido determinantes o propulsoras de la voluntad de las partes. Con ese mismo criterio subjetivo, de orden psicológico, se enfoca la teoría general del error y se aprecia la incidencia de éste sobre el consentimiento. Qué impresión deja esta teoría del error que acabamos de exponer a grandes rasgos —se pregunta Josserand—después de clasificar los errores en los tres grupos antes indicados? 'Cuál es la idea esencial que caracteriza esa teoría? Es la de que el error que vicia el consentimiento y, por consiguiente, el contrato, es siempre y solamente el error DETERMINANTE, el que interesa un móvil determinante, el móvil animador y propulsar del acto jurídico. El criterio es de una exactitud manifiesta para los errores que implican inexistencia del contrato: si yo no me hubiera equivocado sobre la naturaleza de la operación, sobre la identidad del objeto o sobre la existencia de la causa, yo no habría contratado o al menos habría

celebrado un negocio completamente diferente en sus elementos esenciales y constitutivos: es un error capital el que he cometido, que ha neutralizado mi voluntad y que no puede crear nada. A la inversa, si yo me he equivocado sobre calidades simplemente accidentales de la cosa o sobre el valor efectivo de las prestaciones en presencia o si yo he incurrido en un error puramente material, no se puede decir que mi determinación se haya debido únicamente a un mal entendimiento, o al menos no se puede decir con certidumbre...' Y más adelante agrega el mismo autor: 'Así se verifica, en todo y por todo, esa idea directriz de que el error que se tiene en cuenta, sea como exclusivo, sea como corruptor del consentimiento, es invariablemente y solamente el error propulsor, determinante, el error sobre los móviles: es porque los resortes de la voluntad han sido falseados por lo que el acto es inexistente o está tocado de nulidad; el fin perseguido por la parte contratante no puede ser alcanzado; los procedimientos empleados han resultado inadecuados; ellos pugnan tanto con la idea de donde el acto ha salido, como con el objetivo al cual tendió. Enfocado en sí mismo el acto es completo; pero puesto en relación con sus antecedentes y con su finalidad constituye un contrasentido jurídico y debe caer'. De esta suerte la teoría del error ha venido a culminar en la explicación de ese concepto por medio de la noción de móvil determinante o propulsor de la voluntad jurídica, y en el rechazo definitivo de la que hoy se califica como tesis materialista y judaica de los primeros exégetas del Código de Napoleón. Nuestra legislación, ya se dijo y debe repetirse, concuerda, en su letra y en su espíritu, mejor aún que la legislación francesa, con esa teoría que acaba de exponerse: En lugar del ya mencionado deficiente artículo 1110 del Código de Napoleón, sobre el cual se ha edificado toda esa doctrina, nosotros tenemos, en los artículos 1510, 1511 y 1512 del C. C., disposiciones tan exactas como completas sobre la materia. El primero de esos textos se refiere a los errores-obstáculos o errores dirimentes; error sobre la naturaleza misma de la operación y error sobre la existencia o identidad del objeto. El artículo 1511 enfoca, con el criterio subjetivo predominante en la doctrina contemporánea, el error sobre las calidades sustanciales de la cosa. Y finalmente el artículo 1512, con ese mismo criterio subjetivo, de orden psicológico, contempla el error sobre la persona. Por demás está decir que el error sobre la existencia de la causa y el error sobre la eficacia de la causa, de que hablan los expositores franceses, están previstos en el artículo 1524, conforme al cual no puede haber obligación sin una causa REAL y lícita. Basta lo anteriormente explicado para poner de manifiesto la sinrazón del Tribunal al invocar como fundamento decisivo de su fallo el siguiente: 'A juicio del Tribunal, la partición adolece de error porque debiendo verificarse entre los herederos declarados de Juan de Jesús Tenorio Gil y Rogelia Villalobos, únicamente, el partidor la efectuó entre tales herederos y un tercero extraño a la sucesión, a quien le adjudicó bienes hereditales, bienes ajenos a la herencia. El partidor tuvo una noción falsa, errónea, sobre la especie del acto que estaba encargado de practicar y sobre la identidad de los bienes que debía distribuir. El error cometido vició el consentimiento de los herederos al tenor de lo preceptuado en el artículo 1510 del Código Civil, en relación con el 1405 del mismo, haber hecho figurar como partícipe a Bartolomé López por razón de las compras que éste le hizo a Juan de Jesús Tenorio, puede ser todo lo injurídico y anómalo que se quiera, pero no constituye un error que vicie el consentimiento de los coparticipes, ni mucho menos un error sobre la naturaleza de la operación. No hubo en ésta esa falta de simetría consensual característica del ERROR IN NEGOTIO a que se refiere la primera parte del artículo 1510, ilustrada con el ejemplo de un contratante que entiende que se trata de un empréstito y otro que cree que recibe una donación. El ERROR IN NEGOTIO implica una discordancia no solamente entre la voluntad declarada y

Págs.

la voluntad efectiva de cada una de las partes, sino también entre la voluntad de la una y la voluntad de la otra, que, por lo mismo, no se han encontrado y no han podido confluir para formar un ACUERDO. Más aún, esa inclusión de Bartolomé López en la partición no solamente no constituye un ERROR IN NEGOTIO, sino que no implica error alguno, en la acepción estrictamente jurídica de la palabra error. Consiste éste en una representación falsa o inexacta de la realidad, como lo dicen Colin et Capitant, o, como lo asienta Demogue, en 'el estado psicológico de una persona que está en discordancia con la verdad objetiva'.

Aquí no se ha alegado, ni mucho menos probado, esa discordancia entre el estado psicológico de los partícipes y la verdad objetiva, por lo que mira a la inclusión de Bartolomé López en la partición, ni se ha pretendido siquiera que la aprobación de ésta haya obedecido a una representación falsa o inexacta de la realidad. No se trata aquí —ni ello se ha alegado— de que los copartícipes hubieran tenido una creencia disconforme con la realidad y de que por virtud de esa creencia y con fundamento en ella hubieran consentido en la partición. Lo que en realidad se ha dicho y se ha alegado y aun probado, es que el partidor no hizo en una forma técnica la partición, pero esto, que puede implicar una equivocación del partidor, nada tiene de común con ese fenómeno consistente en asumir una obligación bajo el imperio de una creencia errónea sin la cual el compromiso no se habría contraído, que es el fenómeno en que consiste el error. Lo propio puede decirse de la segunda circunstancia anotada por el Tribunal: haber incluído el partidor bienes ajenos a la herencia para adjudicarlos al dueño de ellos. Tampoco hay allí error, ni mucho menos ERROR IN CORPORE, es decir, error 'sobre la identidad de la cosa específica de que se trata', como dice nuestro código, para referirse el error sobre la existencia o identidad del objeto de la convención. Existe éste cuando, como en el ejemplo propuesto por el mismo código de un vendedor que entendiese vender una casa y un comprador que entendiese comprar otra, ocurre —con respecto al objeto de la convención— ese mismo fenómeno ya explicado de que no se encuentran, porque la una recae sobre un objeto y la otra sobre otro, las voluntades jurídicas, que no llegan por lo tanto a traducirse en un acuerdo.

Págs.

No hubo ERROR IN CORPORE de ninguna clase que viciara el consentimiento cuando se incluyeron en la partición bienes extraños a la herencia para adjudicárselos al dueño de ellos, porque la aprobación que los partícipes le dieron a aquélla no dependió de una representación falsa e inexacta de la realidad ni de un estado psicológico que estuviera en discordancia con la verdad objetiva. Los copartícipes no tuvieron, con respecto a la inclusión de tales bienes, una creencia discordante con la realidad que los hubiera determinado, impulsado o movido a impartir esa aprobación. Si la ley, así en el caso de error sobre la especie del acto o contrato como en el caso de error sobre la identidad del objeto, desconoce el respectivo acto jurídico por vicio del consentimiento, es porque parte de la base de que el contratante no habría contratado ni se hubiera equivocado sobre la naturaleza del contrato o la identidad del objeto y porque considera que esa equivocación neutralizó su voluntad, la cual no pudo, por ello mismo, crear un acto jurídico válido. Y en el caso que se estudia no ha habido nada de eso: los que el Tribunal llama errores en la partición no llegaron ni pudieron llegar a desempeñar el papel de móviles determinantes de los partícipes.... Se desprende de lo dicho que el Tribunal, como lo sostiene el recurrente, violó por errónea interpretación e indebida aplicación, los artículos 1405 y 1510 del Código Civil al fundarse en ellos para anular, por vicio en el consentimiento dependiente de un error, 'a partición a que se refiere la demanda. Es necesario, en consecuencia, casar el fallo recurrido y dictar la sentencia que deba reemplazarlo".

Págs.

(Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, febrero 28 de 1936) ..... 532, 1ª y 2ª, 533, 1ª y 2ª, 534, 1ª y 2ª, 535, 1ª y 2ª, y 536, 1ª

ERROR COMUN

- 108 -

No existe error de hecho cuando por el sentenciador se expresa una noción falsa o equivocada acerca del sentido de una ley. (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, diciembre 3 de 1935) .....

ERROR DE HECHO

- 109 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina expuesta bajo el título Disolución de la sociedad conyugal y efectos de la disolución ante terceros de buena fe exentos de culpa, en cuanto a las ventas de inmuebles hechas por el marido.

ERROR DE HECHO

- 110 -

Se acusaba una sentencia que negó el pago de honorarios por servicios médicos, de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas presentadas por el actor.

"Para que una acusación por este concepto pueda triunfar es necesario que el error de hecho sea manifiesto, lo cual quiere decir que esto tiene lugar cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen a través de las pruebas invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del mismo proceso". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 15 de 1936). (1) .....

(1) Concordancias: Nos. 1436, 1437, tomo 1.o, Jurisprudencia de la Corte, 877, 878, 881, tomo 2.o, 1522, 1525, 1526, tomo 3o.

Págs.

ERROR DE HECHO Y ERROR DE DERECHO

- 111 -

Véase lo que sobre ese punto contiene, en extensa disertación, la doctrina titulada RECURSO DE CASACION.

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO

- 112 -

412, 2ª

Decía el recurrente en un proceso por homicidio que se había incurrido en error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito porque en el dictamen médico-legal se sugería la duda de que la víctima pudo también haberse suicidado, en vez de haber sido ahorcada.

"A esto observa la Corte que el dictamen pericial no es la prueba única del delito en el presente caso. La sentencia recurrida tenía base suficiente en el dictamen médico-legal para concluir que Rafael Olavarría murió de muerte violenta, por ahorcamiento. El problema de si ese ahorcamiento obedeció a hecho propio de Olavarría o a la obra de terceros, penetra ya en la zona de la responsabilidad; y, de esta suerte, la prueba del cuerpo del delito no consiste en el solo dictamen pericial, sino que se complementa con los demás elementos de convicción que aparecen en el proceso". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, septiembre 24 de 1936) 849, 2º

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO

- 113 -

En un proceso por homicidio alegaba el reo recurrente la tercera de las causales de casación conforme al artículo 3º de la ley 118 de 1931, por error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito. 517, 2ª

"Sostiene el recurrente que existe ese error de apreciación en la prueba del cuerpo del delito en tratán-

Págs.

dose de su causa, por cuanto no existen elementos determinantes de la premeditación. El error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito precisa buscarlo, no en la sentencia sino en el auto de proceder. En éste se concretan los cargos, o se abre el juicio. El artículo 26 de la Constitución establece la garantía de que el juzgamiento ha de hacerse conforme a las leyes preexistentes al acto imputado, ante el Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio. En concordancia con esta garantía constitucional, mejor dicho en desarrollo de ella, los artículos 1627 del C. J., 345 de la ley 105 de 1890 y 236 de la ley 57 de 1887, determinan el procedimiento en la formulación de los cargos, la manera de apreciarlos y las atribuciones que corresponden al Juez y al Jurado en tratándose de delitos en que la responsabilidad se aprecia por los Tribunales de conciencia. Al abrirse la causa el Juez de derecho, sobre los datos del informativo, verifica si existe o no plena prueba del derecho criminoso y verifica también la de la imputabilidad que puede consistir hasta en una prueba semiplena, como la de un testigo idóneo o la de graves indicios. Sobre estas bases se formula el cargo mencionándose el delito con la denominación genérica que le da el C. P. en el respectivo capítulo o en el correspondiente título, sin calificar si el homicidio fue premeditado o de otra especie, ni señalar artículo especial del Código. Así el hecho delictuoso se imputa según las pruebas del sumario y el cargo se formula de manera genérica. Al Jurado toca la calificación de los hechos criminosos, la graduación de la responsabilidad a cuyo efecto el Juez somete a su consideración un interrogatorio cuyas líneas generales señala el art. 47 de la ley 169 de 1896. Ese interrogatorio ha de contener, por mandato expreso de la ley citada, el hecho o hechos materia de la causa, conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyan sin darle denominación jurídica. De lo expuesto se deduce que sólo refiriéndose al auto de proceder puede hallarse fundamento respecto de error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito, ya que la sentencia definitiva tiene que recaer sobre los hechos que constituyeron la causa". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 10 de 1936) ..... 834, 1ª y 2ª

ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DEL CUERPO DEL DELITO Y DESACUERDO DE LA SENTENCIA CON EL VEREDICTO DEL JURADO

- 114 -

Se alegaba error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito.

"Para absolver por dos de los cargos al procesado, no obstante el veredicto afirmativo del jurado, razonó el Tribunal sentenciador de la siguiente manera: 'Que Castilla y Eugenio Alvarez desempeñaban la noche de los sucesos el cargo de agentes de policía de Ocaña, es un hecho que corre plenamente acreditado con las copias de los respectivos nombramientos y diligencias de posesión y certificación del Alcalde de Ocaña sobre ejercicio de las funciones consiguientes. Esta sola circunstancia por sí sola no es suficiente a demostrar la existencia de los delitos especiales de resistencia a la autoridad y heridas al empleado público, si de otra parte no consta establecido plenamente que Ramírez, al resistir u oponerse a la orden del agente Alvarez procediera a sabiendas del carácter de empleado público con que obraba éste y que luégo al disparar y herir al agente Castilla lo hiciera con conocimiento también del cargo que éste desempeñaba, etc. .....' Concluye diciendo el Tribunal que no se hallaban comprobados los cuerpos de los delitos de resistencia a la autoridad y de heridas a empleado público. Agrega la Corte: 'La argumentación del Tribunal está inspirada en móviles de justicia. Por desventura la conclusión no resulta ajustada a las normas legales, pues ante un veredicto afirmativo del jurado no es dable a

Págs.

un juez o tribunal de instancia absolver al procesado sino declarar injusto tal veredicto— si fuere el caso— como lo dice el señor Procurador General de la Nación, o anular el procedimiento, si esto es lo pertinente. Los considerandos que en la parte transcrita de la sentencia recurrida se proponen, revelan que para el Tribunal sentenciador no hay en el proceso prueba del cuerpo del delito de resistencia a la autoridad ni del delito contra empleado público. Ahora bien: si la Corte infirmase el fallo por tal motivo, esto es, por encontrar fundada la causal 3ª, 'ser la sentencia violatoria de la ley, por cuanto haya habido error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito', tendría la misma Corte que invalidar el fallo 'para absolver al procesado' (art. 4º, ley 118 de 1931) de los dos cargos sobre los cuales el Tribunal halló la prueba de la existencia del delito; pero ocurre la circunstancia de que el Tribunal sentenciador ya absolvió por esos dos cargos al procesado. Así se vería la anómala situación de infirmar el fallo para reemplazarlo por otro en que habría que absolver por los dos delitos no probados, esto es, dictar sentencia en el mismo sentido del fallo infirmado. Como la sentencia recurrida, en vez de haber incurrido en error acerca de la prueba del cuerpo del delito, supo apreciar debidamente esa prueba, el fallo no es casable, a pesar de que el modo de obrar del Tribunal, que se anticipó a la casación, no hubiera sido ajustado a las normas procedimentales sobre sus atribuciones y sobre el ejercicio de ellas". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, marzo 27 de 1936) 213, 2ª, y 214, 2ª

ERROR EN EL DICTAMEN PERICIAL

- 115 -

Adolece de error el dictamen pericial que debiendo darse sobre un conjunto, como una empresa, una fábrica, un todo en movimiento, recae sobre los elementos de esa empresa o fábrica por separado y no toma en consideración el conjunto. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 30 de 1936) 744, 1ª

ERROR EN LA PARTICION

- 116 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título ERROR. (El pleito de Juan de Jesús Tenorio Villalobos contra Bartolomé López). (Casación del 28 de febrero de 1936, páginas 532 y siguientes del tomo XLIII, números 1909 y 1910, G. J.).

ESTADO CIVIL

- 117 -

Se había demandado la resolución de un contrato de compraventa de unos bienes raíces y como consecuencia su restitución, pero el actor, al demandar a los sucesores jurídicos del comprador, no presentó el acta de defunción de éste.

"...La justicia no puede ahora dar por sentado ese hecho, ya que está de por medio la comprobación de un estado civil que no se puede acreditar de otra manera que con la prueba de la muerte del causante, hasta el punto de que las confesiones en el particular de la parte demandada, si las hubiere habido, no le habrían servido al actor para dar la demostración de la muerte del demandado. En orden a establecer la identidad jurídica que se dice existe entre Manuel García C. con las personas que le sucedieron en sus derechos, el actor solamente trajo a los autos una parte de las pruebas indispensables, pero no la prueba fundamental relacionada con el estado civil que originó la sucesión de esos derechos, o sea la prueba de la muerte del causante". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1907 y 1908, febrero 6 de 1936) (1) 454, 1ª

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 778, tomo 1o, Jurisprudencia de la Corte; 1543, tomo 3o.

Págs.

ERROR SOBRE UN PUNTO DE DERECHO Y REPETICION POR PAGO EFECTUADO EN VIRTUD DE EL, CUANDO EL ERROR FALSEA LA CAUSA

- 118 -

Véase: REPETICION POR PAGO EFECTUADO EN VIRTUD DE UN ERROR DE DERECHO. (Casación del 29 de septiembre de 1935, XLIII, Nos. 1905 y 1906).

ETICA FORENSE

- 119 -

Demandó Julio César Garzón, heredero de Evaristo Garzón, a Ramón Vanegas Mora, para que se declarase nulo el documento privado que éste firmó a favor del demandado y nulo también el juicio ejecutivo promovido por éste contra Garzón. Ataco el actor recurrente la sentencia manifestando, en apoyo de los cargos, que Vanegas no podía intervenir a la vez para su poderdante y para sí, derivando de aquella honorarios y por este concepto utilidades en un remate, y que por este motivo hubo ilicitud y por ello la obligación contraída por Garzón carecía de causa. Decía el actor que entre Vanegas y Garzón había existido un contrato de sociedad para la compra en pública subasta del inmueble rematado en juicio de concurso de acreedores en que Vanegas era apoderado de la señora Clementina Sotomayor de Sampedro. Dijo la Corte:

"Conviene recordar que los códigos de ética forense elaborados por las academias de jurisprudencia, por las asociciones profesionales, por los colegios de abogados o por simples juristas celosos del buen nombre que ha de acompañar a quienes ejercen la abogacía, son códigos muchísimo más rígidos que los penales y que las reglas de moral cuya observancia constituye el sentido de las buenas costumbres. Es natural el mayor rigor de las normas sobre ética forense, porque éstas no sólo condenan lo ilícito sino también lo que no se ajusta a la más extrema delicadeza, y, en multitud de ocasiones, lo que aun siendo delicado puede ser apenas imprudente o contrario a la estética profesional y a la fama de que deben gozar quienes siguen la carrera del foro. Sean ejemplos: el abogado que tacha de estólido a su contrario no comete ciertamente un delito. Tampoco quebranta la ley penal el que compra a su cliente derechos litigiosos en la misma causa que ha puesto SUB JUDICE. Pero con el vocablo rudo falta a la delicadeza y con la adquisición de los derechos en litigio se expone a ser mal juzgado. Todos estos actos, y muchos otros por el estilo, implican violación de la ética forense pero no son contrarios a las buenas costumbres en el sentido en que las toma el artículo 1524 del Código Civil. El mandatario de un acreedor, que sin traicionar a éste y sin perjudicarlo en lo más mínimo, interesa a un tercero en el remate de bienes hipotecariamente obligados a su poderdante y obtiene por ello una remuneración fija o eventual, no ejecuta un acto ilícito sancionado con la nulidad absoluta, aunque su conducta pueda ser imdelicada o censurable ante las reglas de ética forense. Al mandatario Vanegas Mora no se le acusa de haber obtenido el retiro de licitadores, o evitado pujas, o mantenido en secreto la licitación. Absolutamente no. El, que no estaba obligado a comunicar a Garzón particularmente la oportunidad de hacer un buen negocio rematando cierto inmueble, bueno porque el avalúo fuese bajo o por otra causa cualquiera, inició ese negocio y obtuvo el reconocimiento de una cuota eventual en los beneficios que la operación produjera. La Corte no aprueba esta conducta del abogado, ni siquiera prescinde de considerarla desacordada y peligrosa; pero conceptúa que ella no cae bajo la sanción de ningún precepto legal". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 1º de 1935)..... 151, 1ª

EXCEPCION DE PRESCRIPCION EN DELITOS DE PRENSA

- 120 -

Se había seguido juicio por injuria pública, por medio de la prensa,

Págs.

contra un Senador y un Magistrado de Tribunal y se alegó la prescripción de la acción.

"....Se trata de definir, como fundamento de la prescripción presentada, si rige el artículo 17 de la ley 59 de 1911, como coexistente con el artículo único de la ley 69 de 1919, o si sólo es aplicable y rige este último en materia de prescripción en delitos que no puedan investigarse sino a virtud de acusación legalmente intentada. Para ello es pertinente revisar las disposiciones que, según nuestra legislación, han existido y existen sobre el particular. El artículo 94 del Código Penal establecía que la prescripción por delito que no puede investigarse sino en virtud de acusación legalmente intentada, prescribía en el término de un año. El artículo 62 de la ley 51 de 1898, sobre prensa, estatuyó que la prescripción de la acción y de la pena se cumplía en cuatro meses, contados desde la comisión del delito o desde la fecha de la sentencia, respectivamente, si el delito fuero de injuria o de calumnia. En los demás casos, el término señalado para la prescripción era de noventa días. La ley 73 de 1910, que puso en vigor la ley 51 de 1898 sobre prensa, derogó el artículo 63 de dicha ley, en cuanto éste fijaba que las prescripciones en delitos cometidos con anterioridad a la vigencia de dicha ley, se regían por las leyes preexistentes, y dispuso, en su artículo 20, lo siguiente: '.....' Volvió, pues, el Legislador de 1910 a consignar el término de un año para la prescripción, como regla general; e hizo referencia, como aplicación de esta misma regla, a las disposiciones congruentes del Código Penal. Lo congruente en tratándose de delitos de acusación particular, o sea de los de injuria o calumnia por la prensa, era, pues, la disposición primitiva del Código Penal, que fijaba un año para la prescripción en esta clase de delitos. Posteriormente el legislador de 1911 dispuso en el artículo 17 de la ley 59 de ese año, sobre prensa y otros medios de publicidad y por la cual se adicionan y reforman las leyes existentes sobre la materia, lo que sigue: '.....' El artículo único de la ley 69 de 1919 estableció el siguiente precepto: 'La pena por delitos que no puedan investigarse sino a virtud de acusación legalmente intentada, prescribe por el transcurso de dos años'. Esta disposición es posterior; versa sobre delitos que no pueden investigarse sino a petición de parte, es decir, sobre los de calumnia e injuria por la prensa. De esta clase es el que se estudia en esta excepción. La regla es genérica, ni permite distinguir, como lo hace la providencia recurrida, que considera que hay dos materias distintas y en cierta manera paralelas, que permitan su coexistencia con el art. 17 de la ley 59 de 1911. Siendo posterior el artículo único de la ley 69 de 1919, su aplicación es preferencial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2º de la ley 153 de 1887..... Aplicable es, por consiguiente, la prescripción determinada por el artículo único de la ley 69 de 1919, al presente caso. Y ello no obstante que se trata de delito de injuria irrogado a un empleado público, porque para proceder en ese caso, requiérese, conforme al artículo 11 de la ley 69 de 1928, queja del funcionario que se considere agraviado; sin ella no puede iniciarse procedimiento de oficio, circunstancia equivalente a la acusación, ya que sólo mediante ésta prospera el juicio. Igual cosa acontece con la queja; sólo por ella se puede iniciar el procedimiento. La Corte, en proveídos de 13 de febrero y de 30 de junio de 1932, ha consignado esta misma doctrina sobre aplicación del artículo único de la ley 69 de 1919, sentando que él regula íntegramente la materia". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, Nos. 1907 y 1908, julio 6 de 1936).

Págs.

443, 1ª y 2ª, y 444, 1ª

EXCEPCION PERENTORIA

- 121 -

En un juicio sobre reforma de un testamento que ganó en las instancias el comprador de todos los derechos herenciales de un legitimario,

Págs.

se opuso fuera de tiempo la excepción perentoria de cosa juzgada y en casación se pretendió que el sentenciador violó el artículo 343 del C. J.

"Consiste el segundo cargo en que el fallador no reconoció la excepción de cosa juzgada, según las razones que dio en el párrafo que atrás quedó transcrito. Y lo funda el recurrente en que, según él la excepción perentoria debe declararla el fallador aunque los hechos en que se funde no se hayan PROBADO (así lo dice el recurrente) ni alegado. Ni en principio puede admitirse ese concepto del recurrente. Lo que el artículo 343 dice es que aunque una excepción perentoria no se haya propuesto ni alegado (salvo de la prescripción, según el mismo artículo), el Juez debe reconocerla, pero siempre que halle JUSTIFICADOS LOS HECHOS en que dicha excepción se funde. Y esos hechos, que dan nacimiento al derecho invocado como defensa, deben haberse probado oportunamente. Ahora bien, el Tribunal expresamente advirtió que el haberse decidido ya entre las partes un juicio de reforma del testamento que terminó por desistimiento, era un hecho cuya prueba ni se pidió ni se presentó en tiempo, sino al alegar el demandado en segunda instancia. Y éste, además, advierte la Corte, así lo reconoce cuando en un alegato le dice al Tribunal que fuera de tiempo alega esa circunstancia porque no representada en el juicio no lo informó oportunamente. La argumentación del Tribunal es, pues, inobjetable ante el derecho probatorio. 'El cargo es infundado'". (Casación, XLIII. Nos. 1909 y 1910, enero 30 de 1936)..... 538, 2ª, y 539, 1ª

EXCEPCIONES

- 122 -

"....En el juicio ejecutivo la excepción es infundada cuando carece de los fundamentos que son causa o motivo de la enervación de la acción, esto es, de las bases de hecho que destruyan o debilitan el derecho del ejecutante". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LXIII, Nos. 1907 y 1908, marzo 26 de 1936)..... 482, 1ª

EXCEPCIONES

- 123 -

Se había presentado como título ejecutivo una orden de pago girada por el Secretario de Hacienda de Cundinamarca contra el cajero principal del Departamento. Fue apelado el auto ejecutivo.

"La Corte acoge los razonamientos del Tribunal acerca de que 'los hechos ajenos e independientes del título que se hayan creado coetáneamente a su emisión o con posterioridad a este acto, y que tiendan a desconocer la obligación o a declararla extinguida, constituyen verdaderas excepciones de fondo (art. 329 del C. J.), cuyos efectos deben examinarse en el respectivo incidente". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, septiembre 10 de 1935)..... 241, 2ª

EXCEPCIONES EN JUICIO EJECUTIVO POR JURISDICCION COACTIVA

- 124 -

De conformidad con el numeral 5º del artículo 86 del Código Judicial, corresponde a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, y no a los Jueces de Circuito el conocimiento del incidente de excepciones en estos juicios. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1911 y 1912, mayo 8 de 1936).. 866, 2ª

F

FALSIFICACION DE GIROS TELEGRAFICOS CON APROPIACION DEL DINERO

- 125 -

Cierto individuo, empleado de una oficina telegráfica, transmitía despachos telegráficos por determinadas sumas de dinero como emitidos por el administrador de correos, y se apropiaba su valor. Condenado

Págs.

como reo de falsificación y estafa recurrió en casación acusando la sentencia por la causal cuarta del artículo 3º de la Ley 118 de 1931, entre otras causales alegadas.

"Con respecto a este primer reparo, es cierto que en el auto de proceder contra Ceballos se incurrió en una especie de incongruencia al señalar como una de las transgresiones imputables a éste la de 'falsedad' en documentos de crédito, siendo así que la denominación que trae el código para tal delito es la de 'falsificación' en esos documentos; pero como muy bien lo anota el Tribunal de Pereira, con ello no se afectó la enunciación jurídica del cargo, pues desde el momento en que en el mismo auto hubo de citarse en seguida el respectivo capítulo del Código Penal, por su número, título y libro (Capítulo IV, Título VII, Libro II), quedó IPSO FACTO disipada cualquier duda acerca de la denominación genérica del hecho materia del llamamiento a juicio. Los hechos delictuosos por los cuales fue llamado a juicio el sindicado, son aquéllos de la enumeración contenida en los dos cuestionarios arriba transcritos, que se contestaron por el jurado en forma afirmativa. El artículo 339 del Código Penal, dice: 'Los que falsificaren cualesquiera otros documentos de crédito, reconocidos y liquidados contra la Nación; acción de banco o establecimiento público, autorizado por la ley; o letra, vale, libramiento o carta u orden de pago de alguna Tesorería u otra oficina de Hacienda Nacional, que no circulen bajo la garantía de la Nación, sufrirán la pena de cinco a diez años de presidio.' Será posible pensar, desde el punto de vista del artificio del encausado Ceballos, para apropiarse las sumas de dinero que en el enjuiciamiento y en los cuestionarios se mencionan, en transgresión penal distinta de la contemplada en esta disposición, y cuya pena fue la aplicada por el Tribunal de Pereira? Según el artículo 336 del mismo Código, la falsificación es una especie de falsedad, y uno de los medios de realizarla consiste en fingir documentos de los que trata el citado artículo 339. Tampoco hay nada que objetar a la aplicación conjunta de los dos artículos 320 y 339 del Código Penal, es decir, al castigo por la estafa a la vez que por la falsificación en documentos de crédito; pues en el caso presente no podría pensarse en la absorción del delito fin por el delito medio. Descartada la estafa, que fue el índice que sirvió de base para hacer confluir a la suma de $ 610.40 las distintas falsificaciones llevadas a cabo por Ceballos, forzosa sería la conclusión, desfavorable para el reo, de imponerle, por falsificación, la sanción correspondiente a tantos delitos cuantos fueran los giros falsificados". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, junio 20 de 1936) ..... 638, 2ª, y 639, 1ª

Págs.

FIANZA

- 126 -

Antonio José Escobar, vendedor de una fábrica de escobas que tenía establecida con maquinaria propia, con sus elementos accesorios, entre ellos materias primas, materiales de labor y edificio adecuado sobre suelo propio, fue demandado por los compradores en juicio de rescisión por lesión enorme que prosperó por errónea apreciación del dictamen pericial que hizo el Tribunal sentenciador, como lo dijo la Corte al casar la sentencia recurrida por el vendedor. Los compradores se obligaron a pagar los $ 14,000 del precio de la compraventa dando de contado una parte y otorgando por el resto a favor del vendedor un documento privado de deber con la firma de Nicasio Perdomo, todos como deudores principales y solidarios. Habiendo casado la Corte, como ya se dijo, la sentencia recurrida, expuso lo siguiente en los razonamientos del fallo de instancia:

"Los pedimentos de la demanda relativos al documento se encaminan a que se le tenga por falso y se le declare nulo, ya porque el señor Nicasio Perdomo nada recibió del señor Escobar, ya porque no fue parte en la compraventa, ya porque no tuvo — al decir del apoderado demandante — intención de obligarse, ya por-

Págs.

que la única que quiso fue respaldar a los verdaderos deudores como fiador simple. La causa de la fianza no tiene por qué ser un interés del fiador en el contrato principal ni, mucho menos, puede reclamarse como requisito para que esa garantía tenga causa el que el fiador sea parte en el contrato principal a que la caución accede. Por el contrario, el hecho de ser fiador lleva habitualmente a suponer que no es contratante principal. El señor Escobar vendió en los términos en que lo hizo y adquirió los derechos correspondientes a lo que reza la escritura de venta y a lo que en su desarrollo reza el documento privado en referencia. Quienes lo suscribieron asumieron las concomitantes obligaciones. No es admisible que las eludan, sacrificando aquel derecho, mediante alegaciones como las a que acaba de aludirse. El señor Nicasio Perdomo es persona SUI JURIS; nada acredita en el expediente que procediera a otorgar ese documento sin saber lo que hacía o por obra de algo que viciara su consentimiento. Verdad es que fue extraño a la compraventa y que, sin embargo, suscribe el documento como deudor principal; pero esto en un fiador no es nada que implique simulación o ilicitud. La ley expresa lo autoriza: el artículo 2384 del C. C., al hacer la lista de las condiciones necesarias para gozar del beneficio de excusión, dice: 'Que el fiador no se haya obligado como deudor solidario'. Sencillo y hasta obligado es establecer diferencia entre los dos aspectos de una persona que se obliga junto con otro solidariamente y como deudor principal, sin serlo porque, en verdad lo que es es fiador: el que mira al efectivo o efectivos deudores principales. Cada uno ha de juzgarse a su luz propia. Para ante el acreedor, ese fiador no puede invocar esta calidad, siendo así que ante él se obliga, ata y presenta como deudor. Para ante el verdadero deudor o deudores, por el contrario, no sólo le es dable invocar su efectiva calidad, sino que ésta es la única admisible. Si, pues, por ejemplo, ha pagado cual si fuese deudor, tendrá la consiguiente acción del fiador y así será como ha de proceder y obtener el reembolso respectivo. Hay analogía con el caso de los codeudores solidarios, cada uno de los cuales ante el acreedor y mientras la obligación está pendiente para con él, está expuesto al cobro del todo, sin poder esquivarlo por haber más obligados (C. C., artículo 1571); pero, cubierta por uno de ellos la obligación al acreedor, procede contra los deudores restantes ya sin acción solidaria, por más que le quede subrogado en sus derechos, sino contra cada cual por su cuota en la deuda, porque la ley no puede ser ciega ante la diferencia de dos épocas o situaciones tan distintas como lo son, entre sí, aquélla en que la obligación está pendiente y se trata de su pago y aquélla en que, ya hecho éste al acreedor, no se trata de ese pago mismo, sino de las resultas de él. En la determinación de éstas no se podría prescindir de un arreglo de cuentas, pues, antes bien, es indispensable como obligada guía la fijación de la cuota de cada cual en la deuda primitiva, a fin de que cada cual reembolse lo pagado por él y que nadie vaya a enriquecerse a expensa ajena (C. C. artículo 1579). Quien, a más de fiar, se presta a aparecer como deudor principal y se solidariza con éste, indudablemente agrava su situación con la dificultad de comprobar más tarde cuál fue su calidad efectiva; pero ello en nada infirma la respectiva estipulación para ante el acreedor ni puede tomarse como vicio del consentimiento. En el presente caso esa dificultad no existe, porque los deudores desde el libelo inicial de este pleito han proclamado que don Nicasio Perdomo es su fiador" (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, marzo 30 de 1936). . . . . 747, 1ª y 2ª

Págs.

FIANZA PARA LA PRESENTACION DE CONSCRIPTOS MILITARES

- 127 -

Se libró mandamiento de pago por el valor de una fianza de un conscripto militar. Apelado el auto ejecutivo por no haber sido requerido previamente el fiador para la pre-

sentación de su fiador, fue revocado por la Corte, la cual dijo lo siguiente:

"Esta corporación ha establecido en varios fallos la doctrina de que para hacer efectivas coercitivamente las 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". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, octubre 10 de 1935). ..... Págs. 233, 2ª

FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

- 128 -

Demandado el municipio de Bogotá sobre pago de perjuicios por una inundación o avenida del río San Francisco que, por una defectuosa construcción del colector de aguas del río, se desbordó y destruyó la casa del actor, se presentó la excepción de caso fortuito o fuerza mayor.

"Cuando al reo de culpa se le demanda en juicio para que indemnice el daño que causó con su conducta imputable aunque no maliciosa, suele defenderse excepcionando de fuerza mayor o caso fortuito. Es ésta en multitud de casos su reacción natural. Apenas habrá concepto jurídico de que se abuse tanto como se abusa del que consiste en el accidente imprevisto e irresistible. Menudea su alegación así para desviar el efecto de los contratos como para eximirse de cumplir las obligaciones que tienen por fuente una conducta culpada. El artículo 64 del Código Civil definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto C que no es posible resistir. Con la conjunción O, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identifica en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la Ley 95 de ese año cambió la conjunción O, en donde se leía 'es lo mismo', por la preposición A, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de 'el imprevisto O que no es posible resistir', dijo 'el imprevisto a que no es posible resistir.' Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible. PREVER, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en tecnología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó o previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la diligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible. Si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral sin suficiente violencia para ser irresistible, aunque no se haya pensado en ella. Si el accidente es irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral, a que no pueda resistirse pero que pudo evitarse en sus consecuencias. El anterior Código Judicial, en sus artículos 479 y 481, exige que el accidente sea inopinado o invencible y que el caso fortuito se deba a una causa desconocida e imprevista que no fue posible evitar". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 26 de 1936) ..... Págs. 584, 2ª, y 585, 1ª

H

HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 129 -

Carlos Ballesteros, fiador de Elpidia M. de Ramírez, se constituyó deudor de María del Carmen Téllez

Págs.

de Peñuela, solamente, siendo ésta casada el año de 1921, en un documento que la acreedora cedió después de fallecido su esposo. Ejecutado con ese documento el fiador, como no prosperasen las excepciones propuestas por él, demandó en juicio ordinario al cesionario y a la señora viuda de Peñuela para que se declarase que era nulo el contrato de mutuo que rezaba el documento, porque cuando se otorgó estaba casada la acreedora; que ese crédito pertenecía a la sociedad conyugal disuelta y que, como consecuencia, se declarasen nulas las diferentes cesiones. Hechas por el Tribunal sentenciador algunas de las declaraciones solicitadas, menos la referente a la declaración de nulidad relativa del contrato que sólo podía pedirla la parte en cuyo favor estaba instituído ese beneficio, se recurrió en casación alegando la violación, entre otros, de los artículos 1781 y 1795 del C. C. Dijo la Corte:

"Artículos 1781 y 1795 del C. C. Conforme al primero de estos textos, entran a formar parte del haber de la sociedad conyugal, y no del patrimonio del respectivo cónyuge, entre otras cosas: los réditos, intereses y lucros de cualquier naturaleza, que provengan sea de bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio; el dinero que cualquiera de los cónyuges aportare o durante él adquiriere; todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso, etc. Y al tenor del segundo de los artículos citados, los créditos 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. Es obvio que conforme a estos textos el Tribunal tenía que decidir, como decidió, que el derecho del crédito resultante del contrato de mutuo tántas veces mencionado, no había entrado a formar parte del patrimonio propio de la señora Téllez de Peñuela. De tal suerte que el Tribunal, lejos de violar los expresados textos, hizo de ellos una correcta aplicación. El hecho de que el documento existiera en poder de la señora Téllez de Peñuela a tiempo de disolverse la sociedad, no podía significar, conforme al art. 1795, que el respectivo derecho personal formara parte del haber propio de ella. Y la circunstancia de que el documento esté otorgado directamente a favor de la nombrada señora no quiere decir que esté destruída la presunción establecida por dicho artículo. Esa circunstancia sólo significa que la sociedad conyugal adquirió el crédito por intermedio de la señora, exactamente lo mismo que cuando es el marido el que contrata: el crédito que aparece en cabeza de éste, por razón de un contrato de mutuo, v. gr., ha entrado en realidad a formar parte del haber social, aunque en el documento respectivo nada se haya dicho y en el instrumento aparezca el marido como el exclusivo titular del derecho. Por otra parte, es claro que si el crédito no entró a formar parte del haber de la señora sino del haber de la sociedad conyugal, solamente ésta puede tener derecho a demandar lo estipulado. Y como el deudor puede negarse a pagarle a persona distinta del verdadero acreedor o sus representantes, tenía aquél evidente interés jurídico para obtener la declaración que obtuvo en el sentido de que la señora Téllez de Peñuela no es su acreedora". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 23 de 1936)..... 809, 2ª, y 810, 1º

Págs.

HERIDAS.—LESION LEVE

- 130 -

Un Tribunal había aplicado al acusado por heridas o por un golpe que le causó al agredido la pérdida de la visión de un ojo, el inciso 1º del artículo 645 del Código Penal. En casación se alegaba mala aplicación de la ley penal.

"Las heridas, golpes y malos tratamientos, en general, de lesiones que afecten a un individuo, que le produzcan incapacidades transitorias o permanentes, determinan la responsabilidad del autor según las

Págs.

consecuencias que se derivan directamente de la lesión. En el presente caso, el recurrente alega que hay incongruencia en los conceptos de los facultativos porque no los han expuesto con certeza plena. La Sala observa que el hecho sometido a la pericia de los facultativos no fue la discriminación de si la herida o maltratamiento se ejecutó con arma o sin ella, sino el examen de los defectos producidos. Los peritos encontraron en la cara de Armero una cicatriz y como su consecuencia, la pérdida de la vista del ojo derecho. Tampoco empece el que los testigos del acontecimiento no declaren que Gálvez usara arma al golpear a Armero, que es otro de los hechos que alega el recurrente en apoyo de la causal, para concluír que no hubo herida sino contusión, y que por lo tanto no fue él el autor de la herida en el ojo de Armero. Pero como lo observa el señor Procurador, con un simple golpe de mano puede producirse la lesión. El maltratamiento está comprobado, y no hay prueba alguna en el proceso de que después del hecho hubiera ocurrido otro acontecimiento que originase la lesión, o que hubiese sobrevenido por causa distinta. La sentencia recurrida aplicó el artículo 645 del Código Penal en su inciso 1º. Esa sanción es pertinente cuando por resultas de las heridas o maltratamientos ocurre la pérdida de algún miembros u órgano principal o existe una notable deformidad física o una perpetua incapacidad para trabajar como antes. La sanción es, en ese caso, de seis a diez años de presidio. El inciso 2º de ese mismo artículo se refiere a lesión leve, o sea cuando no es de mucha importancia el órgano o miembro o la parte de cuerpo inutilizada, o cuando no es muy notable la deformidad física o cuando no produce grave perjuicio al ofendido. Reduce la pena el Código en atención a esas consecuencias, de tres a seis años de presidio. En el último reconocimiento de los médicos legistas dijeron que la deformidad, el defecto físico era leve por la pérdida de la vista en un ojo. La alusión del inciso 2º a no ser muy notable la deformidad física y la calificación de leve hecha por los médicos legistas, ya que la pérdida de la vista de un ojo no afecta todo el órgano de la visión y tampoco inhibe para trabajar en forma ordinaria aunque no completa, está indicando que al caso es aplicable el inciso 2º. No el primero como lo hizo la sentencia. Doctrina es ésta constante de la Corte, pues de lo contrario no habría ocasión ni tendría objeto el inciso 1º del mismo artículo 645, que se refiere al caso de una notable deformidad física, de una perpetua incapacidad para trabajar como antes, caso que sí ocurre cuando hay privación total del órgano, la pérdida de ambos ojos. Mas el reconocimiento médico-legal y las demás constancias de los autos han establecido que el ofendido sólo perdió un ojo. De lo dicho se deduce que la lesión y sus efectos deben sancionarse con la pena que determina el inciso 2º y no el 1º. Lo que equivale a decir que la sentencia ha hecho una mala aplicación de la ley, es vulnerable por la causal 1ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, y que consecuencialmente debe casarse". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 3 de 1936)..... 672, 2ª y 673, 1º

Págs.

HIPOTECA DE BIENES AJENOS

- 131 -

Se había hipotecado una finca raíz que no era de propiedad del deudor hipotecante cuando la hipotecó y como fuesen ejecutados los poseedores del inmueble, que adquirieron en propiedad, juntamente con quien lo vendió, propusieron la excepción de nulidad de la hipoteca. Sostenía el Procurador que es válida la hipoteca de cosa ajena. La Corte dijo:

"Los artículos 2439 y 2443 del Código Civil llevan a deducir lo siguiente: 1º Que es indispensable que quien constituye la hipoteca sea dueño del inmueble que va a hipotecar; y 2º Que pueda enajenarlo. Estos requisitos son indispensables: el de la capacidad de hipotecar, porque la hipoteca es un acto de dominio, pues si no se cubre la deuda ga-

Págs.

rantizada por ella, el inmueble hipotecado puede venderse para pagar al acreedor con su producto. (Artículo 2448 del C. C.); y el de la calidad de dueño, porque el contrato de hipoteca establecida sobre un bien ajeno tiene que ser nulo, pues contraviene a la disposición del artículo 2443, y esa contravención no puede tener otro efecto que el de la nulidad. Se asevera esto, porque el gravamen hipotecario es precisamente una de las manifestaciones del derecho de propiedad y un efecto suyo, puesto que es creado voluntariamente por el dueño de la finca en favor de su acreedor; y si quien hipoteca no es dueño, su acto no puede ser una manifestación del derecho de propiedad, y, por tanto, es un acto inexistente o nulo. Y si quien ha hipotecado adquiere después el inmueble (como en el caso ocurrente, y que alega también el señor Procurador en favor de su tesis), no puede por ello validarse el contrato hipotecario nulo o inexistente, porque esta clase de contratos no puede ratificarse. De aquí que aunque el contrato de venta de cosa ajena vale (artículo 1871 del C. C.), éste no puede equipararse para sus efectos con el hipotecario de una cosa ajena, pues el primero está permitido por la ley y éste prohibido. La equiparación de la hipoteca sobre un inmueble ajeno con la que verifica un comunero sobre el inmueble en común, no es aceptable, porque en este caso el comunero tiene un derecho sobre el inmueble: por eso, verificada la división de éste, 'se entenderá haber poseído exclusivamente el comunero la parte que por la división le cupiere', y los derechos reales con que la haya gravado subsistirán sobre dicha parte; pero si en la división no le corresponde lo que había hipotecado, el gravamen no subsistirá sino en el caso de que aquellos a quienes hubiera correspondido esa parte consientan en el gravamen. De modo que verificada la división de la cosa común, la hipoteca establecida por uno de los comuneros sólo afectará la parte que al comunero hipotecante se le adjudique, si esa cuota es hipotecable (artículos 778 y 2442 del C. C.). Y si se les adjudica a otros, la parte que se hipotecó por quien no fue adjudicatario, puede valer la hipoteca si aquéllos consienten en ello, pero previa expresa ratificación. Tampoco puede equipararse el contrato de prenda con el hipotecario, para aplicar a éste todos los efectos del primero, porque son sustanciales las diferencias entre ellos. Siendo que el contrato prendario tiene por objeto una cosa mueble, la ley da valor a la prenda constituída sobre cosa ajena sin la voluntad de su dueño (artículo 2415 del C. C.); pero es que la cosa pignorada se entrega al acreedor, y el tercero dueño de lo que se dio en prenda está en capacidad de reclamar lo empeñado haciendo valer sus derechos de dueño, mientras que la cosa hipotecada permanece en manos del que hipoteca, y no podría obligarse al que es dueño de un inmueble a que constantemente averiguase en la oficina de Registro si se había constituído sobre ese inmueble hipoteca para hacer valer sus derechos. Puede ser cierto, como lo asevera el señor Procurador, que 'mientras el verdadero dueño no haga valer sus derechos la hipoteca subsiste. Pero una vez que el dueño hace valer esos derechos, la hipoteca no puede subsistir, y eso es lo que ha ocurrido en el presente caso: los dueños de la cosa han reclamado para que la hipoteca se declare nula. Si Rodríguez cuando hipotecó no era dueño de la casa, ni era comunero en ella, la hipoteca es nula. Y si posteriormente adquirió en propiedad esa casa, esta adquisición en propiedad no pudo validar la hipoteca, porque el acto nulo absolutamente no puede validarse ni ratificarse". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 3 de 1936)

Págs.

871, 1º y 2ª

HOMICIDIO

- 132 -

Se alegaba que el sentenciador había violado la ley penal en un proceso por homicidio porque, en vez de aplicar el artículo 602, condenó al reo en consonancia con el artículo 600 del Código Penal.

Págs.

"En varias ocasiones ha dicho la Corte que cuando ni el cuestionario ni el veredicto formulan modificación alguna, el juzgador no puede al dictar la sentencia declarar modalidades ajenas al contenido de la respuesta de los jurados relacionada con la pregunta del juez". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 25 de 1936). (1) 840, 2ª

HOMICIDIO

- 133 -

Decía el recurrente que el homicidio que ejecutó fue de los menos graves y que, por tanto, debió aplicarse disposición penal distinta de la que impuso la sentencia.

"La Corte observa a este respecto: el cuestionario se propuso de acuerdo con el auto de proceder y ni aquél ni éste mencionan modalidad alguna favorable a la tesis del recurrente; y el veredicto es simplemente afirmativo. Verdad es que el Juez puede calificar como delito menos grave el homicidio, cuando sea uno de los contemplados en los numerales 1º, 2º, 4º, 5º o 7º del artículo 587 del Código Penal; pero no es potestativo del Juez decidir en la sentencia, que el homicidio encaje dentro de una de esas disposiciones; el jurado, al definir los hechos en su veredicto, o el Juez al preguntarlos en el cuestionario, plantean el punto.... Basta lo dicho para concluír que tampoco se podía aplicar en este caso, dado el texto del cuestionario y del veredicto y dada la conformidad de ellos con el auto de proceder, disposiciones diferentes del artículo 600 del Código Penal; y que por tanto no puede tacharse la sentencia por indebida aplicación o por mala interpretación de la ley penal". (Casación, XLIII, No. 1904, mayo 7 de 1936) 90, 2ª

(1) Es esa una jurisprudencia constante de la Corte.

Págs.

HOMICIDIO

- 134 -

Decía el reo recurrente que había habido mala interpretación de la ley penal porque en vez del artículo 600 del Código Penal debió aplicarse el 602, que impone una pena menor.

"En el cuestionario que el Juez de la causa sometió al jurado se pregunta si 'el acusado Eutimio Morales es responsable de haber dado muerte voluntariamente a Julio Vanegas (por medio de las heridas y en las circunstancias de tiempo y lugar que el mismo cuestionario enuncia) y el jurado respondió: 'Sí' y no agregó explicación o modificación alguna. Tal cuestionario está redactado de acuerdo con la manera como se formularon los cargos en el auto de proceder. Y como la contestación del jurado fue sencillamente afirmativa, no le era dado al Juez sentenciador calificar el hecho como si ofreciera circunstancias modificadoras del homicidio simplemente voluntario. Verdad es que al Juez de derecho confiere el inciso segundo del artículo 602 del Código Penal la facultad de imponer una pena mitigada en caso de homicidio cuando se trata de los casos menos graves, entre los definidos en los números 1º 2º, 4º, 5º y 7º del artículo 587, que no sea objeto de disposición especial. Esto quiere decir que cuando el homicidio esté definido por el cuestionario o por el veredicto como de los comprendidos en alguno de los numerales 1º, 2º 4º, 5º, o 7º del art. 587, puede el Juez calificarlo como delito menos grave: pero cuando ni el cuestionario (de acuerdo con el auto de proceder), ni el veredicto colocan el hecho dentro de aquellos numerales, tampoco puede el Juez declarar que existe alguna de las circunstancias modificadoras de que hablan aquellos numerales del art. 587". (Casación, XLIII, 219, 1ª

HOMICIDIO EJECUTADO POR UN EMPLEADO PUBLICO

- 135 -

Constituye circunstancia agravante en el homicidio el carácter de em-

Págs.

pleado de quien lo ejecuta.

"El argumento propuesto por el recurrente de que el carácter de agente de policía de Severo Méndez no tuvo por qué influir en el delito, demuestra cabalmente que el sentenciador estuvo acertado al considerar esa circunstancia como agravante. En el delito cometido por un empleado público, por razón o con pretexto del ejercicio de sus funciones, la condición de empleado es una de los elementos constitutivos del delito, y no podría cobrarse como tal además como agravante; pero en el delito común de homicidio, la circunstancia de cometerlo quien está encargado de velar por la seguridad de las personas, sí implica un quebranto especial de las mayores obligaciones del delincuente para con la sociedad, o con las personas contra quienes delinquiere". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 10 de 1936).....

662, 1º

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

- 136 -

Preguntado un jurado si el acusado era responsable de haber matado a N. voluntariamente contestó que sí, sin ninguna modificación. Contra la sentencia que condenó al reo a la pena de seis años de presidio se invocó la primera causal de casación conforme al artículo 3º de la ley 118 de 1931, pues decía el recurrente que en vez del artículo 600 del C. P. debió aplicarse más bien el 602.

"Los elementos de prueba que invoca el recurrente y que a su juicio sitúan el delito cometido por Ramón Ruales en alguno de los casos del artículo 602 del Código Penal, fueron materia de la consideración del jurado, cuya respuesta, simplemente afirmativa a los cuestionarios, es inequívoca en el sentido de que el homicidio de que se trata es de la clase del simplemente voluntario que contempla el artículo 600 de ese estatuto. Así las cosas, ante esta determinación de los jueces de hecho, expresión de la verdad según la ley, el Tribunal no tería base para aplicar al homicidio de Manuel Solarte disposición distinta de la del artículo 600 del Código Penal; y, por tanto, resulta sin fundamento la causal propuesta. Tal lo ha resuelto la Corte en ocasiones análogas". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, marzo 18 de 1936). (1)...

Págs.

211, 1º

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

- 137 -

Preguntado un jurado si el acusado era responsable de haber dado muerte a N. voluntaria y premeditadamente, contestó: "Sí, sin premeditación". Condenado el reo a la pena de seis años de presidio alegó en casación mala interpretación de la ley por indebida aplicación, pues pretendía que debió aplicársele una pena atenuada y no la del artículo 600 del C. P. Dijo la Corte:

"Se observa: Los testimonios en que se funda el recurrente para tratar de situar el delito dentro de lo dispuesto en el artículo 605, fueron apreciados por el jurado, quien no les dedujo valor alguno desde que en su veredicto declaró el homicidio simplemente voluntario, descartando sólo el elemento premeditación que se le sometió por el juez de derecho. En estas condiciones, sin que el Tribunal tuviera asidero para catalogar el homicidio de Santa en otra de las disposiciones especiales del Código, y siendo así que la ley fía en la conciencia de los jueces de hecho la expresión de la verdad, es forzoso aceptar que la sentencia que se analiza, al dar cabida al artículo 600 del Código Penal en vez del 605 que alega el recurrente, aplicó la disposición que correspondía y sancionó el delito con la pena para el caso establecida". (Casación, XLIII, No. 1904, marzo 18 de 1936) (2) .....

78, 1º

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 1880, 1884, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el número 1884, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

- 138 -

Se decía que el sentenciador había incurrido en violación de la ley al aplicar una disposición que, en concepto del recurrente, no correspondía a un caso que él estimaba como de los menos graves de homicidio.

"Habiendo formulado el Juzgado un cuestionario en que no se mencionó ninguna circunstancia que pudiera alterar la condición de simplemente voluntario del homicidio que se contempla en la sentencia; y si el jurado no hizo uso de la facultad que le confiere la ley para explicar o modificar su respuesta afirmativa, no puede decirse que cuando el Tribunal se atuvo estrictamente a la respuesta del jurado, hubiera incurrido en indebida aplicación del artículo 606 o en violación del 602 del Código Penal". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 10 de 1936). (1) .....

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO

- 139 -

En el mismo caso de homicidio a que aludió la Corte en sentencia del 10 de septiembre de 1936, alegaba el recurrente que el delito fue cometido en un arrebato pasional.

"Ese caso de homicidio se halla previsto en el numeral 6º del artículo 587 del Código Penal, y respecto de él no está autorizado el sentenciador para calificarlo como de los menos graves". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 10 de 1936. (2) .....

Págs.

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO CON ALEVOSIA DE PARTE DEL HOMICIDA Y OFENSAS HECHAS POR LA VICTIMA INMEDIATAMENTE ANTES

- 140 -

Cierto individuo, a quien otro había ofendido gravemente con palabras soeces, se acercó a éste hasta ponerse casi al frente de él y abrazándole engañosamente le hirió en la cara antero-posterior del muslo izquierdo, con lo que le seccionó la vena femoral y así le causó la muerte. Contra la sentencia del Tribunal que condenó al reo a la pena de siete años de presidio se alegó en casación mala aplicación de la ley penal, porque sostenía el recurrente que debió considerarse el homicidio como de los menos graves.

"El numeral 1º del artículo 587 del Código Penal considera homicidio simplemente voluntario el cometido por ofensas, agresiones, provocación, etc., 'que inmediatamente antes del homicidio' se hagan al propio homicida. El delito así ejecutado se castiga con la pena atenuada de que habla el artículo 602, cuando el hecho debe apreciarse como uno de los menos graves entre los contemplados por aquel numeral; y con la pena ordinaria del artículo 600, cuando no sea posible considerarlo como delito de los menos graves. Y la sentencia recurrida no podía calificar el homicidio cometido por Santa como uno de los casos menos graves, puesto que tanto los juzgadores de derecho en el auto de proceder, como el jurado en su veredicto, declararon que el reo procedió con alevosía y sorprendiendo indefensa a la víctima". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 12 de 1936) .....

661, 2º

661, 2º

650, 1º

HOMICIDIO SIMPLEMENTE VOLUNTARIO DE LOS MENOS GRAVES

- 141 -

Impulsado por los celos y por haberle hallado con su esposa un individuo mató al que, al parecer, la ga-

(1) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el No. 1884 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

(2) Concordancia: véase la doctrina expuesta en el No. 1881 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

lanteaba. Condenado el homicida a la pena de seis años de presidio, la Corte casó la sentencia por mala aplicación de la ley penal.

"El veredicto de este proceso dice: 'Sí, procediendo en ese preciso momento bajo la pasión de celos justificados'..... La respuesta del jurado aludió a circunstancias especiales, las cuales encuentran apoyo en varios elementos del proceso, v. gr., los antecedentes de la mujer de Gallo. Ese explica los celos justificados que menciona el veredicto. Los celos contuban el ánimo. Ofuscan el entendimiento. Deforman los hechos, por manera que hasta los más indiferentes constituyen un problema torturante para el celoso. Y en este estado de angustia un hecho de significación corriente, que objetivamente no es injuria y que no puede reputarse tampoco objetivamente, por cualquier espectador, como ofensa o deshonra grave, genera subjetivamente, en quien sufre la pasión de los celos, un movimiento impulsivo, un arrebato súbito, un acto primo que lleva hasta el delito, y que es determinante de la agresión. Las circunstancias en que Gallo halló a su mujer conversando con Díaz, bebiendo guarapo y diciéndose compañeros, pueden no ser objetivamente por sí mismas motivos de una provocación, y no implican para extraños una deshonra o una injuria. Empero, el jurado halló que los hechos aludidos constituían para Gallo provocación e injuria o deshonra. De otra manera no se explica la respuesta afirmativa, con la modalidad o matiz que surge del veredicto. De otro lado, los antecedentes de la mujer dan asidero a esa apreciación. Y como la sentencia ha de basarse en el veredicto del jurado, la Sala conceptúa que ella tiene que conformarse a esa respuesta. Hubo, pues, una mala aplicación de la ley penal. La sanción correspondiente debe ser la del 302 en su inciso 2º, con relación al caso primero del artículo 587, no la del artículo 600 del C. P. De ahí que prospere el recurso interpuesto con fundamento en la causal 1ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931. La pena aplicable es la del artículo 302 en su inciso 2º, en relación con el numeral 1º del artículo 587. Se trata de una responsabilidad atenuada en el homicidio voluntario. El veredicto la considera así por ser explicativo, por hallarle un motivo apreciable al acto. El caso es, pues, uno de los especificados en el numeral 1º, del artículo 587, y el espíritu del veredicto permite considerarlo de los menos graves". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, junio 24 de 1936). ..... Págs. 432, 2ª y 433, 1ª

HOMICIDIO VOLUNTARIO

- 142 -

Arguía el recurrente en un proceso por homicidio que en vez del artículo 600 del Código Penal debió aplicarse el 602, pues en su concepto estaba probado que había mediado una provocación, agresión o violencia contra su padre y que el sentenciador debió apreciar el homicidio como uno de los casos menos graves.

"A esto observa la Corte: No habiendo expresado el veredicto, ni habiéndose dicho en forma alguna en el cuestionario, la de la agresión, provocación o violencia, no incumbía al juez de derecho atribuirle al delito modalidades diferentes de las que caracterizan el homicidio voluntario, declarado así lisa y llanamente por el jurado. Esto con tanto mayor razón, cuanto que el acto de proceder, lejos de aludir a las modalidades favorables de que habla el recurrente, llegó a incriminar a los procesados la premeditación. No prospera por este aspecto la causal". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, agosto 21 de 1936). (1) ..... Págs. 678, 1ª

HONORARIOS MEDICOS

- 143 -

Para que la acción sobre pago de esta clase de servicios prospere es necesario que quien los demanda de-

(1) Es constante la Jurisprudencia de Corte en ese punto.

Págs.

muestre la relación jurídica con el demandado y que los servicios fueron prestados por orden de éste. (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, mayo 15 de 1936). ..... 619, 1ª y 2ª

IDENTIFICACION DE PREDIOS

- 144 -

Había sostenido el sentenciador en un juicio de reivindicación que la sola manera de identificar un predio era la de la inspección ocular, por lo cual desechó otras pruebas conducentes a ese fin. Entre los varios motivos de casación alegados por el actor recurrente se atacó por ese aspecto la sentencia.

"El Tribunal no reparó, pues, en estas pruebas, que se citan como ejemplo entre otras, por medio de las cuales se llega a la seguridad de que realmente hay identidad entre los lotes objeto de la acción de dominio ejercitada en el juicio y los que poseen algunos de los demandados. El Tribunal, en el párrafo transcrito arriba, echó de menos una inspección ocular para acreditar la identidad de los terrenos, no siendo esa la única prueba conducente, puesto que a la misma demostración se puede llegar, y la convicción se produce por medio de otras pruebas, como la confesión de parte, declaraciones fundadas y razonadas de testigos, contenido de escrituras, etc." (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, octubre 8 de 1935) ... 174, 1ª

ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA EN EL DEMANDADO

- 145 -

Véase: NULIDAD ALEGADA COMO MOTIVO DE CASACION, POR ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA EN EL DEMANDADO.

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

- 146 -

En un juicio sobre liquidación de una sociedad alegaban en el recurso de casación las actoras que no estando comprobado en el proceso el carácter de heredera de una persona con respecto a otra y habiéndoseles corrido traslado en su condición de tal, el juicio era nulo por ilegitimidad de la personería en una de las partes o en quien figuraba como su representante.

Págs.

"Enseña el artículo 457 del Código Judicial que la PARTE indebidamente representada en el juicio, puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia. Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio o por ilegitimidad de la personería, no corresponde a cualquiera de los actores o a cualesquiera de los reos, sino privativamente a la parte mal representada. Es el interesado mismo quien puede alegar la falta de representación. No su contraparte; ni siquiera sus litis-consortes. Con toda claridad decía la Ley 105 de 1890, en su artículo 136, ordinal 2º, que en la nulidad por ilegitimidad de la personería de alguna de las partes tienen derecho de pedir la reposición el interesado cuyos derechos se han representado indebidamente, o su representante legal. La misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en que una de las partes no estuvo debidamente representada. Si tal personería se exige para promover el juicio de nulidad por la vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trate de ejecutar la sentencia, no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación. Es significativo el hecho de que el artículo 522 del Código Judicial, al tratar de la interposición del recurso, hable de 'la parte misma o su apoderado', como lo es también el de que el 523 de tal obra, al tratar de la concesión del mismo recurso, exija que el impugnador sea 'persona hábil'." (Casa-

Pág.

ción, XLIII, números 1911 y 1912. julio 6 de 1936) (1) 784, 1º

IMITACION DE ALVEO O CAMBIO DE CAUCE DE UN RIO Y FORMACION DE NUEVA ISLA

- 147 -

Véase la doctrina expuesta en ACCESION.

IMPEDIMENTOS

- 146 -

En un proyecto de sentencia que se pasó a uno de los Magistrados de un Tribunal se declaró impedido para conocer del pleito por haber sido apoderado del actor y haber alegado de conclusión. Como fallase el pleito con los demás Magistrados el impedido, la parte demandada recurrió en casación acusando el fallo por la causal 5ª del artículo 520 del C. J. Dijo la Corte:

"Por su calidad de antiguo apoderado concurrían en el doctor Córdoba M. varias de las causas legítimas consagradas por el artículo 435 del Código Judicial: tenía interés en el pleito, si no económico por lo menos intelectual o profesional; había sido apoderado de una de las partes; había favorecido al demandante en el negocio que es materia del pleito. De estos tres impedimentos, el primero y el último son inallanables. A los motivos apuntados pudiera agregarse algún otro de filosofía procesal: si el juzgador no puede tener cierto parentesco con el apoderado de alguna de las partes, menos aún podrá ser él mismo en persona dicho 'apoderado', aunque esté mal traído este vocablo en el ordinal 5º del susodicho artículo. Por ser inallanable el impedimento manifestado por el doctor Córdoba M., no había para qué calificarlo. Sin embargo, el Tribunal entró en esa calificación por medio de un auto fechado el 4 de mayo de 1934, en que luego de citar como apoyo de su doctrina a algún comentador del código, observa 'que para encontrar la concordancia y espíritu del citado artículo 435 del C. J., en su numeral 5º, debe suprimirse de él la palabra apoderado y sustituirla por la palabra adoptado, que sin duda alguna fue la que se propuso estampar el legislador, ya que no puede menos que notarse un error al decir 'adoptante o apoderado', y esto se robustece más si se atiende a que el comentador ya nombrado dice también, hablando de la causal de impedimento anotada, que en cambio se suprimió la de haber figurado como apoderado o patrón de una de las partes en el mismo juicio'. A todo lo cual observa la Corte que admitiendo el error tipográfico de que habla el Tribunal, la calidad de apoderado es impedimento por razón de otros preceptos ya aludidos. También ha de tenerse en cuenta que la manifestación hecha por el doctor Córdoba M., al pie del proyecto de sentencia, puede comprender varias causales de impedimento, y que ni aún las allanables fueron nunca allanadas. Guardó silencio la parte a quien interesaba directamente la separación del funcionario. En la demanda de casación invoca el recurrente, como motivo del recurso, el haber concurrido a dictar sentencia un magistrado cuya recusación fundada en causa legal estuviese pendiente, o se hubiera desestimado siendo procedente', motivo que aparece consignado en el artículo 520, ordinal 5º, del Código Judicial. La Corte halla justificada la causal aducida como principal, y se abstiene, por lo mismo, de considerar las restantes". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, noviembre 12 de 1935)..... 378, 2ª y 379, 1ª

IMPEDIMENTOS DE LOS JURADOS

- 148 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título JURADO (la que empieza: se alegó como causal de casación por nulidad, etc. ....)

(1) Concordancia: Véase la doctrina expuesta en el número 1903 del tomo 3o. de la Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

INCONGRUENCIA

- 150 -

Véase: SEGUNDA CAUSAL DE CASACION.

INCONGRUENCIA

- 151 -

Aunque en el auto de proceder se insinúa la posibilidad de que el reo hubiera ejecutado el delito dominado por el miedo, no estando esa circunstancia comprobada en autos, ni habiéndola expresado el jurado en su veredicto, no puede prosperar la causal 4ª del artículo 3º de la Ley 118 de 1931 contra la sentencia en que se condena por homicidio voluntario a la faz del artículo 600 del Código Penal. (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, julio 29 de 1936). 541, 1ª y 2ª

INDICIOS

- 152 -

En juicio de reivindicación en que fue condenado el demandado y en que perdió la acción de mutua petición, alegaba en casación que el sentenciador no había apreciado todos los indicios que contribuían a probar que entre el demandado y los actores había existido un contrato de participación en el lote de terreno reivindicado, ni los había ponderado en conjunto para darles el valor de plena prueba que tenían.

"La Corte considera que es tesis aceptable la de que si el sentenciador estudia separadamente varios indicios y los rechaza porque aisladamente son insuficientes, pero sin examinar si con una debida coordinación y análisis todos juntos suministran una suficiente convicción, no sólo incurre en una apreciación errónea, sino en error de derecho atacable en casación, porque los indicios deben ser avaluados en conjunto y sólo su conexión, siendo graves y precisos, induce a una estimación final sobre el hecho que indican o presumen. Pero no puede decirse que en el presente caso el sentenciador haya incurrido en ese error, porque él sí estudió presuntiva o indicialmente las pruebas a que se refiere el recurrente, aunque no con la extensión y alcance que éste les da. Por regla general, dice el artículo 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, octubre 30 de 1935). 327, 1º

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- 153 -

Se alegaba como causal la de ser la sentencia recurrida violatoria de la ley penal por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, pues creía el recurrente que había procedido al homicidio en caso de legítima defensa.

"En el caso particular de que se trata han sostenido el procesado y su defensor que aquél disparó su revólver sobre Gabriel A. Tirado, al ver que éste sacaba un puñal para agredirlo. Propuesto así escuetamente el hecho implicaría un caso de legítima defensa; pero es preciso tener en cuenta que los testigos presenciales, Luis Eduardo Galvis (folio 2 v. del sumario) y Luis E. Moreno (folio 3, ibídem), declaran que entre Vega (el matador) le tiró un pescozón; que Tirado también le dio uno o dos pescozones a Vega; que en ese estado las cosas, es decir, hallándose los dos contendores en plena riña, Tirado hacía además como de sacar algo del bolsillo; que Vega y quizá los declarantes pensaron que lo que trataba de sacar Tirado era

un puñal; que en esas uno de los declarantes, Luis E. Moreno, trató de mediar entre los contrincantes, 'prendiéndole de la camisa para retirarlo', a Tirado, 'pero esto no bastó porque Vega hizo fuego. Como se ve, no se trata de un sencillo episodio en el cual resplandezca con claridad el estado de legítima defensa: se trata de un homicidio cometido en riña, promovida quizás por Tirado, con las palabras injuriosas, pero provocada por Vega, quien dio el primer pescozón. El hecho de haber fundamento para dictar auto de proceder demuestra que por lo menos no resulta evidente o claramente establecida la legítima defensa por parte de Vega, pues de lo contrario se habría carecido del 'hecho criminoso y punible según las leyes', que exige el artículo 1512 del Código de Procedimiento Criminal para que haya cuerpo del delito y, de consiguiente, para que pueda abrirse causa criminal. Estos dos considerandos bastan para demostrar que aun aceptada la posibilidad de que el jurado se equivocara al dar el veredicto que profirió, de ningún modo podría calificarse ese veredicto como notoriamente injusto o contrario a la evidencia, tanto más cuanto se le atacaba por una modalidad que en concepto del propio recurrente es muy discutible. Legítima defensa, simple exceso en la legítima defensa, homicidio simplemente voluntario cometido en riña: he ahí varias modalidades, cualquiera de las cuales hubiera podido adoptar el jurado, acertada o erróneamente, pero sin incurrir en evidente injusticia por atenerse a una de ellas y desechar las otras. No es, pues, posible que prospere, por esta causal, el recurso propuesto". (Casación, XLIII, No. 1904, mayo 7 de 1936) .....

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- 154 -

Es requisito indispensable para que pueda prosperar la causal quinta del artículo 8º de la Ley 118 de 1931, el que la cuestión referente a

Págs.

injusticia notoria del veredicto haya sido previamente debatida en las instancias del juicio. (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, agosto 25 de 1936) 340, 1º

INJUSTICIA NOTORIA DEL VEREDICTO

- 155 -

En varias sentencias ha dicho la Corte que no por erróneo puede calificarse de notoriamente injusto un veredicto; y en un fallo de antigua data se expresa que el veredicto fundado sobre prueba indiciaria no puede por ese solo hecho estimarse como injusto. Pero aquellas tesis deben entenderse en el sentido de que el indicio, como elemento de convicción, ha de tener lógica y jurídicamente el valor probatorio de tal. La ley define y da reglas especiales para apreciar el alcance de ese medio de prueba. De suerte que cuando el veredicto es la culminación de un proceso de simples sospechas, apreciaciones o conjeturas, el dictamen de los jueces de derecho acerca de la notoria injusticia, apenas es un trance del juicio, en el cual, respetando la convicción con que los jueces obran, se provoca un incidente extremo previsto por la ley, en busca de que otros juzgadores de conciencia verifiquen nueva y última confrontación de los factores que militan en contra del acusado. (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, octubre 15 de 1936). 853, 1º

INSTRUMENTO NEGOCIABLE

- 156 -

89, 2ª, 90, 1ª Se había confirmado el auto de un Tribunal por el cual se negó la admisión de una tercería basada en un documento que no se consideró como negociable.

"El documento privado por cantidad de un mil pesos m/cte., suscrito por la señora Rosa I. de Guerrero, a favor del señor Alonso Moncayo, resulta en su forma como documento nominativo, y NO A LA ORDEN, pero estudiada y aplicada la ley so-

Págs.

bre instrumentos negociables, aparece que ese documento nominativo debe valer como documento a la orden y es negociable, por estas razones: De un lado, el documento suscrito a favor de DETERMINADA PERSONA, vale como documento a la orden, en fuerza de lo que expresamente dispone el artículo 12 de la ley 46 de 1923: 'El instrumento es pagadero a la orden cuando debe cubrirse a la orden de una persona determinada o a esta persona o a su orden. Puede girarse pagadero a la orden: 1º De un beneficiario que no es otorgante, girador o girado....' Lo que está demostrando que el ser NOMINATIVO no le quita la condición de ser a la orden, y más bien al contrario, se la da, si se concede algún efecto al texto de la ley. Ahora bien, un requisito indispensable para que el documento o instrumento sea negociable, es el de que sea pagadero a la orden, como lo previene el numeral 4º del artículo 5º de la ley antes citada. Tales son los textos que se encuentran en la ley, acerca de la cual se han hecho merecidas críticas por la dificultad que ofrecen para su comprensión algunas de sus disposiciones. Para que el instrumento sea negociable debe tener, entre otras condiciones, la de ser pagadero a la orden. 'La cláusula A-LA ORDEN es elemento esencial para que el instrumento se tenga como negociable', dice el doctor Víctor Cock en sus juiciosos comentarios a la ley sobre instrumentos negociables. (Derecho Cambiario Colombiano, página 13). Y agrega: 'Dicha cláusula indica o autoriza la negociabilidad del instrumento, es decir, son las palabras que sirven para impartir al instrumento el carácter de negociable. Indudablemente pueden sustituirse por otras de significado equivalente: mas nuestra ley no acepta, como tampoco lo hace la adoptada en los Estados Unidos, la omisión completa de la cláusula A LA ORDEN referida o de alguna equivalente. En este punto se apartan nuestra ley y la de los Estados Unidos de la ley inglesa sobre letras de cambio, y en que en Inglaterra, con respecto a ciertos instrumentos, se admite la existencia implícita de la cláusula a la orden'. Después, pasando a comentar el artículo 14 de la ley 46, que dice: 'No es necesario que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de esta ley; cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones, son adecuados', el comentarista agrega: 'Así, por ejemplo, si de él se infiere claramente que el otorgante o girador de un pagaré o de una letra de cambio quiso crearlo como instrumento negociable, es decir, comunicarle tal calidad, el instrumento habrá de tenerse por negociable, aunque de un modo literal no se hayan usado las expresiones 'a la orden' o 'al portador', con tal que se hayan usado expresiones equivalentes a las mencionadas para darle el carácter de negociable al instrumento en relación con tal requisito'. (Página 31, obra citada). Tiene gran significación el texto de la ley en cuanto explica que cualesquiera términos que indiquen claramente la intención de conformarse a sus prescripciones, son adecuados, y que no hay necesidad de que el instrumento se acomode textualmente al lenguaje de la ley. De suerte que si alguna duda se presenta en este pleito debe resolverse con la solución que en ella se indica. Y así, si no se reputa suficiente el que el documento del tercerista haga mención del nombre del beneficiario, lo que por sí solo, al tenor del artículo 12, le da el carácter de documento a la orden, entonces debe reconocérsele efecto a la cláusula que allí se lee sobre el alcance que se le quiso dar expresamente al documento". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 29 de 1935). 244, 2ª, y 245, 1ª y 2ª

Págs.

IRRESPONSABILIDAD DEL EPILEPTICO QUE EJECUTA UN HECHO CRIMINOSO EN UN ACCESO DE EPILEPSIA

- 157 -

El defensor de un acusado por homicidio interpuso recurso de casación por la causal 3ª, pues conside-

Págs.

ró que el Tribunal sentenciador había errado al apreciar la prueba del cuerpo del delito, siendo así que en el proceso aparecía un dictamen de los médicos legistas de Manizales en que se afirmó que el procesado era patológicamente un anormal:

"El artículo 29 del Código Penal señala entre las personas exculpables, y, por consiguiente, no sujetas a pena alguna, a quien 'se halle en estado de verdadera demencia o locura al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón'. Los médicos legistas de Manizales, doctores Jaime Robledo Uribe y Ricardo Jaramillo Arango, previo un prolongado estudio del caso, en extensa y motivada exposición, declararon irresponsable al procesado. De aquella notable pieza se copian los siguientes pasajes: 'Conclusiones.—El crimen: Carlos Alberto Angel, un muchacho de diez y nueve años, quería apasionadamente a su novia y era correspondido por ella en igual forma, hasta el punto de manifestar por repetidas ocasiones que con él se casaría, aun contra la voluntad de sus padres, según declaración hecha a una amiga el día mismo de los sucesos. Tenían frecuentemente los pequeños disgustos tan comunes en noviazgos de esta índole, los cuales eran motivados principalmente por la mortificación que a la novia causaban los repetidos abusos que del licor hacía Angel'. En la fecha de los acontecimientos, a las dos de la tarde, encontrándose la ofendida en casa de una amiga, se aproximó Angel a la ventana con el fin de conversar con ella. Tanto la novia como la vecina en cuya casa estaba le manifestaron que se alejara, pues en ese momento no se le podía atender por causa de sus ocupaciones de ellas. A esto Angel accedió, retirándose sin decir una palabra, y después de manifestar a su novia que más tarde volvería para hacerle un regalo, cosa que efectivamente hizo después, a las tres de la misma tarde. No hay declaración ninguna sobre la manera como la occisa recibió esta segunda visita de su novio, pero el hecho de haberle llevado un obsequio, consistente en dulces, por par-

Págs.

te de Angel, y de haberlos recibido por parte de la ofendida, indica claramente que no debió mediar ningún altercado entre ellos. No está por demás observar que los hechos ocurrieron un lunes, día en el cual los artesanos del mismo oficio de Angel, zapateros, acostumbran holgar y tomar licor. Unas horas después, a eso de las seis de la tarde, llegó Angel a la tienda de un vecino y le solicitó aguardiente 'que diera fuerza y valor'. Como no había aguardiente, el tendero le ofreció cerveza, la cual principió a tomar, cuando apareció la novia en compañía de una amiga, las cuales, según parece, entraron a la misma tienda. Al verla venir Angel se llena de sobresalto, derrama la cerveza y dice al tendero. 'Que me ve esta muchacha tomando'. Al acercarse la novia Angel le pide que le obsequie de alguna vianda que aquélla venía comiendo, en lo cual no fue complacido. Después de algunas palabras sin importancia la ofendida se alejó del lugar, conversando despreocupadamente con su amiga, para reunirse instantes después con otra amiga en una tienda vecina. Entonces Angel, sin motivo, grandemente excitado de una manera súbita, calocuecido, sin precaución ninguna y delante del dueño de la tienda, principia a decir: 'Esta es la noche que me conviene a mí; mañana principia la vida; la muerte que todo lo acaba'. En este estado de excitación busca a la primera amiga con el objeto de interrogarla sobre lo que acerca de él hubiese dicho la novia; instantes después se dirige hacia donde ésta conversa con la segunda amiga y le solicita conversación; negada la amiga entra despreocupadamente a la casa del suceso, dejándolos solos. Luégo la sigue la novia hacia la misma casa, donde entra, quedando Angel solitario y en la misma actitud extraviada que ya tenía. De un momento a otro resuelve penetrar a la mencionada casa en seguimiento de la ofendida, descubriéndose al entrar y siguiéndola a pesar de sus represiones de ella, hasta la sala de la habitación. Después de estar allí ambos, la amiga salió con cualquier motivo. Momen-

Págs.

tos después, quienes entraron a la estancia ocupada por Angel y su novia encontraron a ésta tendida en el suelo y a aquél enloquecido propinándole puñaladas. Las primeras personas que trataron de separarlo fueron agredidas por Angel, quien sólo por la fuerza pudo ser dominado. Arroja el cuchillo, camino de la prisión y al llegar a ésta se declara en él un violentísimo ataque, cae al suelo con convulsiones, ojos extraviados, en estado anormal, sin conocer a las personas que lo rodean. Al cabo de cierto tiempo, después de vomitar un líquido alcohólico por un vomitivo aplicado, pasa este acceso que las personas que lo asistieron, el mismo profesional llamado al caso, toman por un envenenamiento y desde entonces Angel no recuerda nada de lo ocurrido en esta tarde de los acontecimientos. La autopsia reveló que la occisa presentaba veintiuna puñaladas, varias de ellas mortales...—ANALISIS DEL CRIMEN. — Pero es en el crimen mismo en donde la marca epiléptica de nuestro sujeto tiene mayor precisión y relieve. Difícilmente puede encontrarse un caso más acabado y clásico, ni aun en los ejemplos que traen los tratadistas. Ya lo hemos descrito en sus pormenores para insistir sobre ellos, pero considerando las características epilépticas de Angel es necesario analizarlo sobre esta base, cosa indispensable para un cabal entendimiento de este caso de psiquiatría forense. Carlos Alberto Angel, epiléptico, cometió el crimen que se le imputa, en estado inconsciente, bajo la impulsión irresistible de un acceso epiléptico y conceptuamos que es completamente irresponsable de dicho acto'. En tales circunstancias, la sentencia ha condenado a una persona que según la legislación vigente (artículo 29, C. P.), no es sujeto de derecho penal. El acto materialmente delictuoso de esta persona no es, según las leyes, criminoso y punible; falta por lo tanto, el elemento intencional o formal del cuerpo del delito". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 4 de 1936), (1) ..... 680, 2ª y 681, 1º y 2ª

Págs.

INTERES EN LA DECLARACION DE NULIDAD ABSOLUTA

- 158 -

Cierto individuo que pidió la declaración de nulidad absoluta de la liquidación de una sociedad de que pretendía ser socio, perdió el pleito porque el Tribunal sentenciador estimó que no había comprobado tal carácter, que era condición indispensable para que tuviese interés en la declaración de nulidad. Sobre acusar el fallo en casación por errónea apreciación de pruebas, que no prosperó, lo acusó también por violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890.

"La íntima relación existente entre esa calidad y el consiguiente interés por una parte y, por otra, el hecho de asistir o no al demandante la acción incoada, hace deducir de lo dicho sobre el cargo relativo a apreciación de pruebas que, a su turno, es infundado el de violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890 por haberlo dejado de aplicar, puesto que, si se halla acertado el concepto del Tribunal sobre carencia de acción, en fuerza de carencia de interés, nacida de la carencia de la referida calidad, precisamente hay que conceptuar, como el Tribunal lo hizo, que no puede el fallo acoger esa acción que no es popular, como él lo advierte, y que se concede por esa disposición legal a todo el que tenga interés en ello, sin que esa amplitud llegue en el propósito del legislador de facilitar los medios para que lo vicioso no viva y rija, al extremo de no requerir ese interés, jurídicamente indispensable como llave de entrada". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, febrero 12 de 1936) 550, 1º

(1) Cita la Corte en apoyo de su doctrina la sentencia de fecha 16 de junio de 1936, GACETA JUDICIAL, Nos. 1907 y 1908, pág. 426.

Págs.

INTERPRETACION DEL CONTRATO

- 159 -

"Es reiterada jurisprudencia la de que el criterio del Tribunal sentenciador debe prevalecer sobre el del recurrente, cuando, por medio de la interpretación de un contrato, se fijan y determinan las correspondientes obligaciones de las partes, porque la decisión a este respecto pone fin a la controversia sobre el alcance, extensión y objeto del contrato, al precisar, que es lo que en el fondo surede, la voluntad real, el designio y el propósito de los contratantes. Por lo tanto, el recurrente, para combatir una resolución de esa índole, debe apoyarse en errores manifiestos cometidos por el Tribunal". (Casación, XLIII. Nos. 1911 y 1912, junio 19 de 1936) (1) 770, 2ª

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

- 160 -

En un juicio sobre pago de un seguro se sostenía por la parte opositora en el recurso que una carta dirigida por el secretario de la compañía aseguradora demandada al asegurado, no contenía la intención de manifestar que la póliza no hubiese caducado.

"Tomada la carta en su conjunto, se destaca en ella el elemento intencional, que juega primordial papel en la interpretación de todos los contratos, elemento a que siempre debe atenerse el juzgador, buscando la común intención de las partes, más bien que el sentido literal de los términos, según expresión de los expositores contemporáneos, lo cual cuadra con los principios que dominan el Código Civil en la interpretación de los contratos, artículos 1618, 1620, 1621, 1622 del Código Civil. Para la Corte ese elemento intencional que se destaca de la carta no es otro sino el de mantener la vigencia de la póliza, lo cual, por otra parte, no sólo favorece al asegurado, sino a la misma compañía, porque está en interés de ésta no cancelar, sino mantener el mayor número de pólizas vigentes". (Casación, XLIII, No. 1904, marzo 24 de 1936) 67, 1º

(1) Concordancias: Nros. 2038, 2042, 2046, 2047, 2048, 2049, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

JUICIO MILITAR

- 161 -

Se recurrió ante la Corte en demanda de nulidad de un proceso militar por no habérsele notificado oportunamente al procesado el auto por el cual se señaló día para la audiencia, por no haberse recibido las pruebas conducentes, pedidas en tiempo, etc.

"Los trámites procedimentales del juicio criminal (y el militar lo es en este caso), no son cuestión de mera fórmula o de ritos forenses, sino que están establecidos para la efectividad de las normas tutelares del derecho social a impartir sanción y del derecho del procesado a defenderse. El principio del derecho penal moderno, según el cual el juicio debe ser público, se afecta por la irregularidad de que al procesado no se le vayan notificando, a su debido tiempo, todas y cada una de las providencias que se dicten en el proceso; el principio de que el sindicado debe ser juzgado por sus propios jueces o, como suele decirse, por sus 'jueces naturales', se quebranta cuando la escogencia del personal que debe juzgar no se hace de la manera estrictamente prevista por la ley o cuando la escogencia o el sorteo de los juzgadores admite cualquier reparo, aun de mera forma; el sindicado tiene derecho de que ni siquiera una apariencia le infunda temores sobre la legitimidad del poder con que sus jueces proceden; el derecho natural de proponer sus descargos se viola cuando las autoridades niegan la práctica de

Págs.

las pruebas o la eluden por medios más o menos artificiosos. En este proceso se ha incurrido en algunas irregularidades que dan derecho al procesado, y también al ministerio público, a quejarse, como lo han hecho, aquél por medio de su abogado y éste por la autorizada voz del señor Procurador General de la Nación, de que el procedimiento no se ha llevado de acuerdo con las normas que garantizan la estricta observancia de aquellos principios tutelares del derecho de defensa...." (Sentencia de la Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, Nos. 1905 y 1906, abril 29 de 1936)..... 203, 2º

JURADO

- 162 -

Se alegó como causal de casación por nulidad del proceso criminal el hecho de haber sido designado como jurado un individuo que había desempeñado antes el cargo de perito en el proceso.

"Tampoco es casable por este aspecto la sentencia recurrida, porque, como lo dice el señor Procurador, 'el hecho de que el doctor Salvador Pérez hubiera sido perito en alguna diligencia del sumario, no le impedía ser designado en la causa, porque tal impedimento no está reconocido por el artículo 243 de la ley 57 de 1887, especialísimo para la formación del jurado o jueces de conciencia. El impedimento que señala el ordinal 9º del artículo 435, Código Judicial, se refiere a los jueces de derecho. De suerte que no se ha incurrido en la causal 2ª de nulidad que contempla el artículo 265 de la ley primeramente citada, porque no era el caso de reemplazar al doctor Pérez". (Casación, XLIII, No. 1904, abril 15 de 1936)..... 84, 2º

JURADOS

- 163 -

Se alegaba en casación, como motivo de nulidad del proceso criminal, el haber desempeñado el cargo de jurados personas que tenían homónimos, de manera que no se sabía al fin quién debía servir dicho cargo.

"Discutieron el señor abogado y el señor juez de la causa acerca de si la Corte ha sentado o no precedente respecto de nulidades ocasionadas por errores en cuanto a las personas que vienen a servir el cargo de jurados. Mas, por lo que hace al caso presente, esta Sala de la Corte estima que la circunstancia de haber varias personas homónimas no indica que haya ocurrido error en la composición del jurado, pues tal error sólo podría establecerse por uno de dos medios: diferencia de nombres entre el designado en la lista y el que efectivamente prestó el servicio, como si fue sorteado Manuel Aparicio Santamaría y sirvió de jurado Manuel Aparicio Santacoloma; o decisión del Tribunal en el sentido de que José Múnera, que figura en la lista, no es el señor José Múnera A., sino el señor José Urbano Múnera o el señor José Múnera Echeverri". (Casación, XLIII,, Nos. 1907 y 1908, junio 5 de 1936)..... 424, 2º

JURISDICCION ADMINISTRATIVA

- Nº 164 -

Establecida la jurisdicción administrativa para el pago de una suma de dinero que se solicitó por medio de un juicio de esa naturaleza, y no habiendo ejercitado el interesado sus derechos por medio del recurso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, es improcedente la acción seguida ante el Poder Judicial en demanda contra la Nación.

"La Resolución del Ministerio de Gobierno de 21 de abril de 1933, que reconoció a Maldonado desde esa fecha el derecho a gozar del sueldo que devengaba en el servicio activo de la policía, fue una providencia que puso término a una actuación administrativa. En consecuencia, con arreglo a la ley 130 de 1913, artículo 18, parágrafo I, procedía contra ella el recurso contencioso administrativo ante el Consejo de Estado. El interesado no ejercitó este recurso, o al menos no aparece que lo haya ejercita-

Págs.

Págs.

do, a pesar de que estimaba la resolución como lesiva de sus derechos civiles, y optó más bien por la jurisdicción ordinaria sin percatarse de la existencia de una jurisdicción privativa para esta clase de negocios. Establecida esa jurisdicción, es a ella a la que deben recurrir los interesados, y por tanto, es improcedente la acción seguida ante el Poder Judicial". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 24 de 1936) (1) 859, 1ª

JURISDICCION ADMINISTRATIVA

- Nº 135 -

El Municipio de Bosa había demandado al de Bogotá para que se le condenase a no cobrar en lo sucesivo impuestos, contribuciones, rentas, etc., sobre territorio que el de Bosa cree le pertenece y para que pagase todas las sumas de dinero que por esos conceptos hubiese percibido o cobrado. Negó el Tribunal las peticiones de la demanda fundándose en que no tenía jurisdicción el Poder Judicial para conocer del pleito. Como recurriese en casación el actor, alegó violación de los artículos 195 y 198 del Código de Régimen Político y Municipal, 50 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910 y 1º y 38 de la ley 130 de 1913. Dijo la Corte:

"La organización jurisdiccional de los países civilizados corresponde a uno de estos dos grandes sistemas: el de la unidad o el de la pluralidad de jurisdicciones. En el primero practicado especialmente por los países anglosajones, todos los procesos, cualesquiera que ellos sean, todos los litigios civiles o administrativos, son juzgados por una misma y única jerarquía de Tribunales: los Tribunales judiciales, que tienen así, con respecto a las autoridades administrativas, el carácter de un verdadero superior jerárquico. En el segundo de los sistemas indicados —que es el adoptado por Colombia, en donde se tomó, en términos generales, como modelo, la concepción francesa de la separación de las autoridades administrativa y judicial—, unos litigios son resueltos por los tribunales administrativos y otros por los tribunales judiciales. Respecto del criterio para determinar la competencia respectiva de los Tribunales administrativos y los judiciales, en el segundo sistema, la doctrina jurídica comenzó adoptando el criterio de la distinción entre los actos concernientes a los servicios públicos y los actos extraños a tales servicios, o sea los que sólo miran al patrimonio privado de las entidades de derecho público; proclamó después, especialmente por boca de La Ferrière, el criterio de distinción entre los actos de AUTORIDAD y los actos de GESTION, para someter los primeros a la competencia de los tribunales administrativos y los segundos a la decisión del poder judicial; pero, bajo la influencia de la preponderancia adquirida en el derecho administrativo por la noción de servicio público, ese criterio, que había comenzado a delinearse a mediados del siglo pasado, sin desaparecer, se modificó en el sentido de ampliar todavía más la jurisdicción administrativa para someter a la decisión de ésta aún los actos de gestión cuando los litigios respectivos han surgido con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, aunque, más recientemente todavía, ha habido la tendencia a distinguir, ya cuando se trata de contratos celebrados por la autoridad administrativa, entre aquellos que contienen las cláusulas ordinarias de las convenciones celebradas entre particulares y aquellos que han sido tácita o expresamente sustraídos a las reglas de derecho privado, para no someter sino estos últimos a la competencia administrativa. Nuestra legislación sobre jurisdicción contencioso-administrativa no responde exactamente a esos principios, pues, por una parte sustrae del co-

(1) Se trataba de una demanda contra la Nación presentada por un agente de Policía que había contraído en el servicio la enfermedad de lepra, para el pago de la suma de dinero que, de conformidad con la ley 4ª de 1930, le reconoció el Ministerio de Gobierno.

Págs.

nocimiento de los tribunales administrativos los litigios y conflictos originados en contratos administrativos celebrados en nombre del Estado, y, por otra parte, someter al conocimiento de tales tribunales cuestiones que no se relacionan con la noción —considerada hoy fundamental y decisiva— de SERVICIO PUBLICO. Con todo, esos principios generales de derecho administrativo antes expuestos, contribuyen a fijar el sentido y el alcance de los textos que se mencionan en seguida: conforme al art. 1º de la ley 130 de 1913, están sometidos a la jurisdicción administrativa, en general, los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas, y al tenor del art. 38 (letra d) de la misma ley, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento 'DE LAS CUESTIONES QUE SE SUSCITEN EN EL CAMPO ADMINISTRATIVO ENTRE DOS O MAS MUNICIPIOS SITUADOS DENTRO DEL TERRITORIO' de la jurisdicción del respectivo Tribunal Administrativo. De otra parte, conforme al art. 7º de la ley 71 de 1916, todos los asuntos concernientes a la aclaración, determinación o precisión de los linderos municipales corresponden a la respectiva Asamblea departamental. En el caso que se estudia, hay, por una parte, una cuestión previa sobre determinación de la línea divisoria de los dos municipios, puesto que el demandante afirma y el demandado niega, que está comprendido dentro de los linderos del Municipio de Bosa el territorio situado hacia el sur del curso de las aguas del río Fucha. Y sea que tal afirmación del demandante se considere como un hecho básico de la demanda, sea que se la considere como fundamento de derecho, lo indiscutible es que se trata de una cuestión que —requiriendo, como requiere, una decisión previa— es completamente ajena y extraña a la jurisdicción judicial. Y hay, por otra parte, una cuestión que —llámesela como se quiera— consiste en la apreciación de la validez o invalidez, legalidad o ilegalidad de actos ejercidos por el Municipio de Bogotá en relación con el cobro de impuestos, rentas o participaciones. Y precisamente el prototipo de los actos administrativos sometidos a la jurisdicción administrativa es ese del cobro de impuestos, rentas, etc....." (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, octubre 8 de 1935) ..... 360, 2ª, y 361, 1ª y 2ª

JURISDICCION COACTIVA COMO PRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACION

- 166 -

Afirmaba el ejecutado en un juicio seguido con jurisdicción coactiva que para que los reconocimientos hechos por los Recaudadores de Rentas tengan mérito ejecutivo han de basarse en una obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o que emane de una decisión que deba cumplirse, y no en una simple actitud unilateral de la Administración o del Recaudador en que no ha sido parte el ejecutado.

"Siendo que las personas administrativas, como entidades morales, no pueden obrar por sí mismas en la gestión de sus negocios propios, se ven en la necesidad de ocurrir a funcionarios que las representen y administren los bienes de que deben subsistir, por lo que las leyes que emanan de esas personas administrativas o que las crean, han establecido a su favor ciertos privilegios que se han reputado en todo tiempo como necesarios. Uno de esos privilegios es la jurisdicción o facultad coactiva, en virtud de la cual el Estado, el Departamento o el Municipio cobran por medio de sus representantes o recaudadores ciertas cantidades que les adeudan, haciendo confundir aparentemente en el empleado que ejerce la jurisdicción los caracteres de juez y de parte. Esta facultad es uno de los PRIVILEGIOS EXORBITANTES de las personas administrativas, según lo expresa el notable publicista M. Hauriou. Este privilegio, el de que las personas administrativas no litigan con los individuos so-

bre en pie de perfecta igualdad, ha dado nacimiento a la jurisdicción coactiva, sin la cual seguramente la comunidad social no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la administración pública. Por esta razón, dice el citado autor que las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza, que es una de las manifestaciones de procedimiento de acción directa; la Administración, confeccionando un simple apuntamiento de cobranza, se crea un título ejecutivo. Este privilegio existe, por lo menos en provecho del Estado, de los Departamentos,...'". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 13 de 1936)

Págs. 882, 2ª, y 883, 1ª

LESION ENORME

- 167 -

Cuando no es posible determinar la lesión enorme a causa de que lo vendido fue un globo o cosa global y no solamente una parte de él, y por no ser posible señalar el precio de cada parte, no es viable la acción de rescisión por lesión enorme, cuyo concepto implica necesariamente una comparación entre dos cifras: la del precio contratado y la del precio justo. La falta de uno de estos elementos, indispensables ambos, impide por sí sola la formación de aquel concepto. Cuando lo vendido ha sido una totalidad y no una parte solamente, no es lo aceptado atenerse a esa parte, aprovechando el actor la parte que le interesa y desechando la que no le conviene. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1911 y 1912, abril 17 de 1936). . . . . .

Págs. 336, y siguientes

LESION LEVE CAUSADA POR HERIDAS Y GOLPES

- 168 -

Véase: HERIDAS. LESION LEVE.

Págs.

LIBROS DE COMERCIO

- 169 -

"El valor probatorio de los libros no es absoluto. Apenas respectivo. Así lo establece el código del ramo. Hacen fe en las causas mercantiles que los comerciantes agitan entre sí. Y la hacen contra quien los lleva, sin que sea admisible prueba tendiente a destruir lo que resultare de sus asientos. En materia civil, aun entre comerciantes, los libros no tienen más fuerza que las anotaciones privadas. Estas normas se hallan en los artículos 43, 47 y 51 del Código de Comercio. La ley admite pruebas especiales en asuntos mercantiles, por altas razones: como la de atender a costumbre o sistema universales que consultan las necesidades de comercio; como la de sancionar con ineficacia probatoria los libros mal llevados; como la de reconocer que el comerciante conoce la verdad de lo atestiguado por él y tiene interés en evitar su propio engaño; como la de compensar con fe y crédito la diligencia de quien lleva sus libros regularmente; como la de hacer amable la obligación legal de tener libros; como la de interpretar que los comerciantes se han otorgado tácitamente el mandato recíproco de asentar en orden cronológico y día por día sus operaciones, y como la de admitir que los libros son comunes a quienes ejercen el comercio, porque dan el resultado y constituyen la prueba de relaciones también comunes. Todo naturalmente sobre la base de que los libros sean llevados con la regularidad requerida, como se dice en los artículos 53 y 57 del Código Mercantil. Ninguna de las anotadas razones milita para sostener el valor probatorio de los libros cuando su dueño no sea parte como actor o reo. Si esta prueba es palmaria aun entre comerciantes, porque libros de apariencia regular pueden esconder engaños o dar ocasión a sospechas, no obstante el control de los llevados por la parte contraria, bien se ve cuán peligroso sería generalizar esta prueba extendiéndola a negocios en que el dueño de los

Pág.

libros no sea litigante. Cuando un comerciante extraño al pleito presta sus libros a una parte para que los exhiba, o cuando uno de los litigantes logra del juez la inspección de tales libros, no puede verse en éstos la prueba especial de comercio; tampoco una testimonial específica del comerciante, a que faltarían oralidad y juramento; ni siquiera un principio de prueba por escrito, puesto que emanando de persona ajena del litigio no haría verisímil el hecho litigioso; a lo más pudiera verse en ellos algún elemento probatorio en cuya apreciación tendría gran libertad el fallador. En el presente negocio las partes han sido Enrique Isaacs D., como actor, e Inés Marchesiello, como reo. La casa de Isaacs Hermanos, antes y después de su disolución, es persona extraña al litigio. Sus libros no constituyen plena prueba en favor o en contra de los dos litigantes". (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, julio 23 de 1936). ..... 778, 2ª, y 779, 1ª

LINDEROS DEL PREDIO SIRVIENTE EN LA SERVIDUMBRE DE TRANSITO

- 170 -

Véase la doctrina contenida bajo el título: SERVIDUMBRE DE TRANSITO.

- 171 -

LIQUIDACION DE IMPUESTOS

Se había verificado una nueva liquidación de impuestos sin audiencia de la compañía contra la cual se libró después mandamiento de pago por la vía ejecutiva. Al revocar la Corte el auto ejecutivo apelado sentó la siguiente doctrina:

"La Administración de Hacienda Nacional, con anterioridad al Decreto número 1118 de 1932, carecía de facultad para dictar reconocimientos por liquidaciones adicionales de impuestos, y menos sin conocimiento de la persona o entidad interesada. En el caso presente, el procedimiento se hace más extraño todavía si se tiene en cuenta que el reconocimiento se hizo el 3 de junio de 1931, por la diferencia dejada de pagar en los meses de marzo a agosto, inclusive, del año de 1929, es decir, dos años después de pagado el impuesto que la Administración había liquidado y cuando ya la Compañía había entrado en liquidación. No puede aceptarse que una oficina recaudadora modifique una liquidación de impuestos o la adicione cuando ya se ha pagado, sin darle aviso al interesado para que éste pueda presentar sus descargos o interponer los recursos que la ley le otorga. La ley concede facultades a algunos empleados para la fijación del monto de los impuestos, mediante determinadas condiciones y dentro de ciertos plazos. Pero una vez pagada una contribución de conformidad con la liquidación hecha por la autoridad competente, es obvio que no se pueden hacer nuevas calificaciones por la misma causa, alegando deficiencia o errores, sin la correspondiente actuación administrativa que permita la defensa amplia y oportuna del contribuyente. Una providencia que se dicte contrariando estas normas jurídicas, es ilegal, porque arrebata a la persona interesada el derecho de ser oída y vencida en juicio". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, diciembre 12 de 1935) ..... 264, 1ª y 2ª

M

MANDATO

- 172 -

En un juicio sobre nulidad de un remate de bienes que efectuó para sí mismo el mandatario, alegó éste en el recurso de casación intentado contra la sentencia que declaró la nulidad demandada, que el sentenciador había dado por probado el carácter de mandatario con la sola

BIBLIOTECA

confesión del demandado, prueba inválida en concepto del recurrente.

"Observa la Corte: La constitución de mandataria judicial es una cosa y otra muy distinta la prueba de que ese mándato haya existido. La constitución de un mandatario y su reconocimiento, están sometidos a las condiciones y exigencias señaladas al efecto por el código adjetivo. El hecho de haber sido una persona mandatario de otra, puede acreditarse por cualesquiera de los medios establecidos por la ley, porque ésta no exige una prueba única y exclusiva para acreditar esa circunstancia. Como en el caso presente no se trata de la constitución del poder al demandado, sino de saber si éste fue o no fue en una época pretérita mandatario de la parte actora, como se trata de establecer este simple hecho, la confesión del actor, que es la relevación de toda prueba, es adecuada para demostrarlo". (Casación, XLIII, número 1904, septiembre 26 de 1935) (1) .....

Págs. 63, 1ª

MANDATO Y REPRESENTACION

- 173 -

Julio César Garzón demandó a Ramón Vanegas Mora, en su carácter de heredero de Evaristo Garzón, para que se declarase nulo el documento privado que éste firmó a favor del demandado y nulo también el juicio ejecutivo promovido por éste contra Garzón. Atacó el actor recurrente la sentencia por supuesta violación de varios artículos del Código Civil, pues creía que en la facción del documento que se hizo valer contra su padre no había habido causa real y lícita. Decía Garzón que como entre su padre y Vanegas Mora había existido un contrato de sociedad para la compra en pública subasta de un inmueble perteneciente a Emiliano Páez, en juicio de concurso de acreedores en que Vanegas fue apoderado de la señora Clementina Sotomayor de Sampedro, a la citada sociedad no había aportado Vanegas dinero ni otra especie, sino su colaboración de abogado para obtener el remate por un bajo precio. Dijo la Corte:

Págs.

"El legislador ha sido consecuente en la insistencia con que provee a la defensa de los representados y de los mandantes, prohibiendo la ejecución de aquellos actos en que pueda peligrar la imparcialidad de los representantes o de los mandatarios, así: Prohibe a los guardadores comprar bienes de sus pupilos, o tomarlos en arriendo; prohibe el contrato de venta entre el padre y el hijo de familia; prohibe a los empleados públicos comprar los bienes que se vendan por su ministerio, y a los jueces y secretarios, los bienes en cuyo litigio han intervenido; prohibe a los síndicos de concurso y a los albaceas tomar prestados los dineros del concurso o de la sucesión; prohibe a los corredores toda especie de negociación o tráfico sobre los objetos que hacen la materia habitual de sus operaciones; prohibe a los corredores adquirir para sí las cosas cuya venta les haya sido encargada; prohibe a los martilleros tomar parte en la licitación o adquirir del rematador lo que éste hubiere rematado en el martillo; prohibe a los socios colectivos aplicar los fondos comunes a sus negocios personales; prohibe al mandatario comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender o vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante. La anterior recapitulación, seguramente incompleta, pone de relieve la insistencia del legislador en sentar normas de rigurosa ética para el ejercicio de la representación y para el desempeño del mandato. A pesar de tan marcada insistencia, no hay ninguna ley que prohiba al apoderado judicial de un acreedor, en el concurso abierto a los bienes del deudor, llevar alguna participación en los beneficios que obtenga, por causa de remate, la tercera persona compradora en pública almoneda de inmuebles perte-

(1) Concuerda la doctrina expuesta en el número 1472, tomo 2o., *Jurisprudencia* de la Corte. Véase el artículo 2149 del Código Civil.

Págs.

necientes al concurso, así estén ellos especialmente afectos al cumplimiento de obligaciones a favor del mandante. Por no existir esa ley especial, se vio en la necesidad el recurrente de citar como infringida la disposición que prohibe al mandatario, por sí ni por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, o vender de lo suyo al mandante lo que éste le ha ordenado comprar, si no fuere con aprobación expresa del mandante. Esta es la prescripción del artículo 2170 del Código Civil. El Tribunal no la ha violado en ningún concepto". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, octubre 1º de 1935). . . . . 149, 2ª, y 150, 1ª

MANDATARIO

- 174 -

"La dualidad prohibida por el artículo 2170 — que la expresa autorización del mandante haría lícita — no engendra nulidad absoluta. Tal precepto sólo mira al interés particular del mandante". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, octubre 1º de 1935). 150, 1ª

MANDATARIO QUE REMATA PARA SI

- 175 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título REMATE. (Liberata Escobar contra Pedro Nolasco Escobar).

MAXIMAS DE LA EXPERIENCIA

- 176 -

En un juicio sobre pago de una suma de dinero, en el cual el demandado negó que fuese suya la firma que aparecía en el documento, el Tribunal sentenciador, para la absolución del demandado, se valió de la apreciación de varias pruebas del proceso que sometió a una severa crítica. Una de esas pruebas fue la de cotejo que desestimó, así como varias declaraciones de testigos.

"El fin de la prueba es lograr el convencimiento del juez, pero como la verdad que se busca es relativa, en las disposiciones transcritas, la ley no sujeta al juez, como anticientíficamente lo hace en otras ocasiones, a determinadas pautas en la elaboración de su convencimiento. De ahí que, en casos como el que se estudia, tenga gran importancia para la apreciación de la prueba el elemento conocido con el nombre de MAXIMAS DE LA EXPERIENCIA. Esto es, el conjunto de factores que utilizamos en nuestros juicios empíricos de la vida, el tráfico, la industria, o el arte. La Corte no puede en casación, sino en casos de manifiesto error, entrar a sustituir el juicio del Tribunal, cuando, para la formación de su convencimiento respecto de la verdad de un hecho, ha puesto en juego, en el análisis de la prueba, máximas de la experiencia, porque ellas están sujetas a variaciones de acuerdo con las peculiaridades económicas, raciales y de las costumbres de un lugar dado". (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, abril 18 de 1936) (1) 765, 1ª

"MAXIMA ERROR COMMUNIS FACIT JUS"

- 177 -

Véase lo que sobre el punto contiene la doctrina expuesta bajo el título DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EFECTOS DE LA DISOLUCION ANTE TERCEROS DE BUENA FE EXENTOS DE CULPA. EN CUANTO A LAS VENTAS DE INMUEBLES HECHAS POR EL MARIDO.

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 178 -

Se había seguido un juicio de reivindicación en el cual el actor

(1) Concordancias: Números 3265, 3274, Tomo 1o., Jurisprude Corte; 136, 140, tomo 2o., 230, 25

Págs.

bía considerado desde el principio como propietario; como perdiese el pleito invocó en casación, no ya su carácter de propietario, sino el de poseedor regular de la cosa que se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción, extremo que no fue considerado en las instancias.

"Los referidos cargos tienden a que el litigio se solucione mediante el estudio de extremos absolutamente distintos a los que fueron básicos de la demanda, y constituyen, por consiguiente, motivos nuevos en casación". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, octubre 18 de 1936) . . 871, 2ª

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 179 -

Los medios nuevos, ha dicho la Corte en jurisprudencia constante, son inadmisibles en casación. "De otra manera, una demanda de casación podría tener la virtud de modificar, enmendar y aun variar la demanda base del juicio, la que dio origen a la relación jurídico procesal, lo cual es inadmisible". (Casación, números 1911 y 1912, junio 1º de 1936). (1). 713, 2ª

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 180 -

"Un recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal de violatoria de la ley. La violación puede o no provenir de errónea apreciación de pruebas. Cuando no proviene de esto no ocurre limitación alguna en razón de no haberse discutido al respecto en las instancias o de no haberse presentado en el decurso de ellas el problema o problemas netamente jurídicos en que la acusación consiste o se basa. El recurrente se presenta como defensor de la ley y, más de que la ignorancia de ésta no excusa (C. C., artículo 9º), mal podría pretender el opositor que se desoyesen argumentaciones de orden estrictamente legal y mal podría la Corte negarse a considerarlas, a pretexto de que en las instancias no se debatieron. Ni sensato sería exigir discusión previa en instancia acerca de un fallo que dentro de ellas no puede conocerse y que es sólo después de dictado cuando las partes pueden saber en qué sentido se dicta y por qué camino ha llegado a pronunciarlo el Tribunal. No así cuando la violación de ley sustantiva de que se acusa un fallo proviene de error en la apreciación de pruebas. En estos cargos de orden mixto la situación es diferente, porque ya no se está en el amplio y aun limitado campo jurídico de que acaba de hablarse, en el cual en defensa de la ley violada no hay posibles recortes a esta acción tutelar, ni temor de sorpresas o asechanzas de una de las partes litigantes para con la otra, sino que se está en terreno distinto en que la intervención del elemento de hecho cambia la faz procesal fundamentalmente, ya que el levantamiento de pruebas y su estudio sí es algo circunscrito dentro de cada litigio por la calidad y marcha del mismo, de suerte que todo lo atañedero a ellas tiene su ciclo preciso dentro de las instancias y naturalmente en períodos anteriores a la sentencia del Tribunal. Estas reflexiones sencillas hacen ver con claridad cómo y por qué sin necesidad de expresa disposición legal y con sólo estar atenta a la índole y peculiaridades del recurso de casación, la Corte se ha guardado de aceptar en él los justamente llamados MEDIOS NUEVOS, esto es, los que vienen a presentarse por primera vez ante ella, EX POST FACTO, sin reparo, objeción ni contienda anterior, esto es, en instancias. Acusar en él una sentencia porque tomó en consideración elementos probatorios que como tales no tuvieron tacha alguna en trámites anteriores, es algo reñido con él en su singularidad, finalidades e idiosincrasia. Entrar a considerar en él cargos de esa clase y circunstancias, sería olvidar, por otra parte, a qué se encamina según

(1) Números 497, 521, Gaceta de la Corte; tomo 2o., y 445, 536,

la indicación inicial del artículo 519 del C. J." (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, marzo 12 de 1936).

Págs.

Págs.

MINAS

- 181 -

731, 2ª, y 732, 1ª

El denunciante de una mina abandonada, recurrente después en el juicio de oposición a la posesión pedida por él, se enfrentó en casación a su opositor, señor Constantino Salazar Ruiz, quien había adquirido título sobre el terreno que pretendía como abandonado el denunciante de la mina por adjudicación que se le hizo en la causa mortuoria de Mercedes Ortega de Cuevas, cuyo esposo, Feliciano Cuevas, había obtenido título de adjudicación de la mina por escritura número 350 de 7 de octubre de 1889. Sostenía el denunciante recurrente en casación que el terreno de su opositor Salazar no era mina y si lo era no estaba amparado por la redención hecha por la causante Ortega de Cuevas. Dijo la Corte:

"Para mayor claridad y dada la trascendencia del tema en sí y sobre todo en relación con el presente recurso, debe ante todo estudiarse el alcance y calidad del citado título número 350 de 1889, clave de solución de los más de los cargos formulados por el recurrente y de los consiguientes problemas, como adelante se verá. Sostiene el recurrente que conforme a la legislación del Estado Soberano del Cauca, en especial su Código Civil y la Ley 59 de 1873, el dueño del suelo lo era de las minas a éste correspondientes, con salvedades que no viene al caso enumerar, y que, por tanto, y por haberse acurrido al artículo 70 del Código de Minas, inciso 2º, el título expedido a Feliciano Cuevas fue en rigor de verdad el reconocimiento de aquel derecho anexo y consecuencial a su dominio sobre el suelo, y no la atribución de ningún derecho nuevo, por lo cual el título en referencia, o sea, el citado en 1889, no puede extenderse a más de lo que corresponde a aquello sobre lo cual para entonces tenía título civil, o sea, la calidad de dueño. Sobre esta base, el recurrente, advirtiendo que la señora viuda de Cuevas vendió a la citada Compañía todos sus derechos en la mina exceptuando sólo los lotes y porciones que para 1889 no pertenecían a su marido, deduce que mal puede acogerse Salazar a esta adjudicación ni a la redención que la señora de Cuevas hizo en 1903 relativa a la adjudicación de 1889. Para desechar esta argumentación basta advertir que la adjudicación es de 1889 y que, por tanto, no se rige ni cabe entenderse limitada por lo que correspondiera a legislación cuya vigencia para entonces de tiempo atrás había cesado. La Ley 38 de 1887 acogió para la Nación entera el Código de Minas de Antioquia y, atendiendo al tránsito de la legislación anterior a la nueva, estableció en su artículo 5º que quienes como propietarios del suelo habían tenido derecho a las minas respectivas a la luz de disposiciones anteriores al 7 de septiembre de 1886, en que entró a regir la Constitución de ese año, tendrían derecho preferente al de cualquier otro individuo para buscar, catar y denunciar las minas existentes dentro de su heredad, y agrega: 'Pasado un año, las minas que hubiere dentro de esas heredades serán denunciables por cualquiera, como pueden serlo todas las demás conforme a la ley.....' En el empeño de ver limitado el título de 1889 al título civil, insiste el recurrente en que Cuevas se colocó en el caso del inciso 2º del artículo 70 del Código de Minas, para deducir de ahí error en la apreciación de aquella adjudicación y violación de esta disposición y otras del mismo Código, así como el artículo 740 del Civil. Estudiando la actuación de Cuevas, se encuentra que el aviso inicial, que es de 22 de diciembre de 1888 y que se lee al fol. 35 del Cdno. 1º, contiene manifestación expresa de proceder él de acuerdo con el artículo 8º del C. de Minas. Y este artículo dice: 'Lo primero que debe hacer un individuo que quiera adquirir una mina es dar aviso..... de que la ha descubierto'. Verdad

Págs. Págs.

es que en aquella actuación se encuentran alusiones expresas de Cuevas a su título civil que dice acompañar y a sus calidades de dueño y poseedor; pero esto no infirma lo claramente establecido por la invocación del citado artículo 3º, ni borra de la adjudicación la manifestación expresa de que se le otorga para que PUEDA ENTRAR en la posesión plena y pacífica de la mina, ni menos borra las palabras categóricas con que esa adjudicación advierte a Cuevas cómo queda obligado a indemnizar según el Capítulo XIII de aquel Código, no sólo a los colindantes, sino también AL DUEÑO DEL TERRENO DE LA MINA. Así se lee al folio 37 vuelto del cuaderno citado. Como se ve, ese título 350 de 1889, expedido cuando ya regía en el país el Código minero antioqueño, adoptado por el artículo 1º de la Ley 38 de 1887, después del año fijado en el artículo 5º de esta ley y redactado, además, en la forma y términos dichos, no puede entenderse limitado a los linderos del fundo de Cuevas en su título civil, sino como título minero con las calidades y extensión que a éste corresponden. El citado artículo 79 dice en su inciso 1º qué es título minero, en el 2º alude a títulos distintos y en el 3º establece la manera de llegar a aquél la persona provista de uno de éstos, a fin de quedar colocada, cuando inicialmente no lo está, en la titulación indispensable, o sea la procedente del Estado, que es a la que mira esa disposición en su conjunto y lo que constituye su precepto". (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, marzo 12 de 1936) .....

MINAS

- 132 -

Como se ordenase dar posesión de una mina a Jesús María Quintero se opuso Roberto Lehman, quien, considerado como actor, se prosiguió el juicio ordinario correspondiente que se falló negando las pretensiones del opositor. El cual recurrió en casación acusando el fallo por violación de la ley sustantiva, "por aplicación indebida e interpretación errónea al caso del pleito", pues, decía el opositor recurrente que no habiendo prueba de que se hubiese pagado impuesto de minas en ningún tiempo mal podía considerarse la mina como abandonada.

"Pasa la Corte a estudiar este cargo, para lo cual hace las siguientes consideraciones: Los particulares adquieren las minas de oro, por dos modos originales: a) por el descubrimiento de minas; b) por el denuncio de las minas abandonadas. Por eso el legislador se refiere de una manera muy detallada, en dos capítulos distintos del Código de Minas: en el capítulo segundo, que trata del descubrimiento de las minas, y en los capítulos 20 y 21, que tratan de las minas desiertas y abandonadas y del denuncio de esta clase de minas. Descubrir es hallar lo que estaba ignorado y oculto, y en ese concepto está fundado el artículo 6º del C. de Minas, el cual enseña que el primer descubridor de una mina es el individuo que primero dé el aviso al jefe municipal del distrito donde se halla ubicada la mina, que ha descubierto, indicando la fracción o localidad y el punto preciso donde se halla situada. Pero no basta esto únicamente para que se tenga como legalmente descubierta la mina, sino que el hecho del descubrimiento se legaliza de conformidad con los artículos 10, 11, 12, 13, 32, 33, 34, 37 y 38 del código citado, o sea, en síntesis, la anotación del denuncio, en el libro respectivo, con su fecha y la partida correspon-
725, diente que contiene todos los deta-
1º y 2º lles de la mina que se ha avisado, como descubierta. Llenadas todas esas formalidades y salvo la oposición que pueden hacer terceros, el descubridor es tenido como dueño de la mina que ha descubierto y se procede entonces a darle posesión. En tratándose de descubrimiento de minas, el concepto fundamental es el del encuentro de minas antes no halladas y ocultas. El concepto de minas desiertas o abandonadas, tiene como fundamento el anterior hallazgo o descubrimiento de éstas y

Págs.

sus títulos legalizados a favor del primer descubridor, pero que por abandono de éste o de sus sucesores, caen bajo la acción de los particulares con el objeto de que puedan entrar en su patrimonio, previas las formalidades de la denuncia. Las minas que se reputan abandonadas o desiertas pueden dividirse en dos categorías: a) aquéllas sobre las cuales no se ha pagado el impuesto de que trata el capítulo 11 del código respectivo, y b) aquellas minas avisadas en que el avisador ha perdido su derecho por algunas de las omisiones o circunstancias a que se refiere el capítulo 9º de la obra citada. Con el objeto de resguardar los derechos de terceros, no sólo es necesario fijar los carteles de que tratan los artículos 48 a 50 del C. de Minas, aun tratándose de las abandonadas, sino que, en relación con la denuncia de una mina de esta clase, es necesario que se exprese el nombre, apellido y vecindad del último poseedor y que se le cite personalmente (artículos 363 y 336, ibidem). Para llenar los vacíos que existían en dicho código fue dictada la Ley 292 de 1875, una de cuyas disposiciones, o sea la contenida en el artículo 51, preceptúa que ninguna mina podrá denunciarse como desierta o abandonada, bajo otro nombre que aquél que tenía al tiempo del abandono, siempre que por éste sea conocida, y el que lo hiciere pierde por cuatro años el derecho de denunciar la mina. Esta disposición tiende a resguardar los derechos de los dueños y poseedores de minas, que podían verse envueltos en litigios no sólo perjudiciales para ellos y para la industria de minería, sino hasta temerarios, porque bastaría el cambio de nombre de una mina para incoar la acción sobre abandono de ella, no obstante no haberse consumado este hecho". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, abril 16 de 1936). .....

Págs.

MORA EN LOS CONTRATOS SINALAGMATICOS

- 183 -

"Cuando en un contrato sinalagmático uno de los contratantes está en mora de ejecutar su obligación, el otro puede escoger una de estas tres soluciones: a) Obtener judicialmente el cumplimiento del contrato, cuando esto es jurídicamente posible, para lo cual la ley, la doctrina y la jurisprudencia ofrecen diversos recursos técnicos, entre ellos el generalizado en Francia sin necesidad de texto expreso, y conocido con el nombre de TEORIE DE ASTREINTES; b) Demandar, cuando la obligación es de hacer, por indemnización de perjuicios compensatorios al deudor en mora, pero para esto se requiere, como es obvio, el doble requisito de que el demandante ejecute su propia prestación y renuncie a la ejecución directa del contrato por parte del co-contratante; c) Obtener la resolución del contrato, lo que excluye el pago de perjuicios compensatorios, puesto que el mismo demandante queda desligado de su obligación de ejecutar, pero no excluye el derecho de exigir la reparación del perjuicio que la resolución deja subsistir, a saber: el del interés negativo del demandante, como lo llaman los autores alemanes". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, febrero 29 de 1936). 344, 1ª

N

NOTIFICACION DE AUTOS DE FENECIMIENTO

- 184 -

347, 1ª y 2ª, y 348, 1ª Pedía el Procurador General de la Nación que se declarasen probadas las excepciones propuestas por los fiadores ejecutados en un juicio ejecutivo seguido por la Nación, por no haberse notificado legalmente, en su concepto, el auto de fenecimiento

Págs. Págs.

con alcance proferido por la Contraloría, y que siendo eso así, el auto no había quedado ejecutoriado.

"La ley 42 de 1923, que creó el Departamento de Contraloría, por su artículo 81 derogó, entre otras disposiciones, las del Código Fiscal contenidas en los artículos 338 a 439, referentes al juicio de cuentas; pero esa derogación se hizo, según la exposición de motivos acompañada por la Comisión de Consejeros Financieros al proyecto originario de la dicha ley 42, no porque se consideraran innecesarias, sino porque se estimó que ellas deberían ser objeto de reglamentación más bien que de leyes. El artículo 7º de esa ley 42 dispone que las decisiones del Contralor son apelables para ante el Consejo de Estado; y el inciso segundo del artículo 8º ordena que 'las entidades que deben conocer de estas apelaciones las sustanciarán y fallarán de acuerdo con el procedimiento que actualmente rige para los juicios de cuentas que se ventilan ante la Corte del ramo'. Más tarde, por la ley 109 del propio año de 1923, se ordenó en el artículo 20: 'Desde la sanción de la presente ley, el Consejo de Estado pleno conocerá de las apelaciones a que se refiere el artículo 7º de la ley 42 de 1923, sobre reorganización de la contabilidad oficial y creación del Departamento de Contraloría. El Consejo Pleno acordará el procedimiento que debe seguirse para conocer de estas apelaciones, mientras se dicta la correspondiente ley....' En uso de esta atribución, el Consejo de Estado profirió el Acuerdo Nº 1º de 23 de junio de 1926, por el cual se reglamentó el procedimiento que debería seguirse en las apelaciones que se surtieran ante él. Pero este procedimiento se hizo extensivo también a la primera instancia de los juicios de cuentas que se adelantaran en la Contraloría, en virtud del artículo 23 del mencionado Acuerdo, que dice: 'El presente Acuerdo regirá para la Contraloría desde que se le comunique; y para los demás efectos, después de su publicación en el DIARIO OFICIAL'. De modo que dicho Acuerdo se profirió para que se cumpliera por el Consejo de Estado cuando conociera por apelación de los juicios de cuentas, sino también para que se aplicara por la Contraloría en las providencias proferidas por ella. El artículo 13 de ese Acuerdo dispone que los autos que dicte el Consejo en los juicios de cuentas, cuando contienen multas o alcances, deben ser notificados personalmente al responsable para que surtan sus efectos. Pero establece también dicho Acuerdo: 'Artículo 15. Si el responsable reside fuera de la capital, pero dentro del territorio nacional, la notificación se le hará por conducto de las autoridades del lugar de su residencia. Artículo 17. En caso de fallecimiento del responsable, la notificación se hará a uno de sus herederos o albaceas o al curador de la herencia yacente, sin perjuicio de hacerla a los fiadores, llegado el caso. Artículo 19. Cuando por otras causas no se encuentre el responsable, la notificación se hará a su fiador o fiadores, si los tuviere. Artículo 20. En los casos de responsabilidad solidaria, basta la notificación a uno solo de los responsables para que se entienda surtida respecto de los otros. Artículo 21. Cuando no pudiere hacerse la notificación personal de algún auto o sentencia al responsable o sus fiadores por ignorarse su paradero, pasados quince días de la fecha de la providencia respectiva, ésta se notificará por edicto en la forma ordinaria, y copia de él se publicará en el DIARIO OFICIAL'. Atendiendo a los términos claros de esta última disposición, no habiendo sido encontrados ni el directamente responsable, ni los fiadores, la notificación realizada por medio del edicto publicado en el DIARIO OFICIAL constituye la que exige la ley para el caso de ignorarse el paradero de los responsables. No era, pues, indispensable la notificación personal de la providencia al directamente responsable para que se tuviera por notificada a sus fiadores. Además, la publicación del edicto en el periódico oficial no fue hecha desde el primer momento, sino cuando ya se habían realizado varias gestiones para

notificarla personalmente y cuando ya había transcurrido con mucho el término de quince días exigido por el artículo 21 copiado". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1907 y 1908, marzo 26 de 1936)

NOTIFICACIONES A LOS EMPLEADOS PUBLICOS EN SU CARACTER DE TALES

- 185 -

"Conforme al artículo 312 del C. J., deben ser personales las notificaciones que se hacen a los empleados públicos en su carácter de tales". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 11 de 1936).....

NULIDAD ALEGADA COMO MOTIVO DE CASACION, POR ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA EN EL DEMANDADO

- 186 -

Juan de D. Medina P. demandó para el pago de una suma de dinero a la sociedad conyugal formada por Juan de la Cruz Medina y Alicia Toro, ilíquida, disuelta por muerte del primero y representada por la última, y a la sucesión de Juan de la Cruz Medina, representada por los hijos menores, cuya personería a su vez la llevaba su madre Alicia Toro, en uso de la patria potestad. Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el guardador de los menores, alegando como motivo la causal 6ª del artículo 520 del C. J., pues muerta Alicia se presentó en el Juzgado de primera instancia el comprobante de la defunción de ésta y se pidió la declaración de nulidad de lo actuado por haber quedado los menores sin representación en el juicio. Tanto el Juez como el Tribunal eludieron el estudio de la nulidad. Dijo la Corte:

"A los motivos de casación señalados por la ley 169 de 1896, el nuevo Código Judicial agregó, entre otros, el marcado con el numeral 6º del artículo 520, con el fin, declarado por la comisión revisora del Código, de subsanar faltas que implican el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y que de otra suerte podrían comprometer la estabilidad de la cosa juzgada. Están erigidas 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. Con ese pensamiento, manda la ley al Juez que ponga en conocimiento de las partes cualquiera de las causas de nulidad que advierta antes de pronunciar su fallo, y las partes pueden aducirlas por vía de articulación en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, siempre que la causal no se haya hecho valer como excepción dilatoria, cuando tiene cabida este trámite. Además, creó el legislador de 1931, el motivo de casación consistente en haberse incurrido en alguna causal de nulidad de las ya apuntadas. El propósito del legislador fue el de evitar que se dicte el fallo definitivo, o que llegue éste a adquirir fuerza de cosa juzgada, no obstante hallarse viciado el procedimiento por graves defectos, ya referentes, como se ha dicho, a las bases mismas de la organización judicial, o a la violación del derecho de defensa. Y no obstante que en el artículo 457 dejó subsistente, para ejercitarla posteriormente, la acción de nulidad a favor de la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o que no estuvo legalmente representada en el juicio, procuró la firmeza y estabilidad de los fallos dando mayor ocasión a que dentro del mismo juicio se decidan de una vez aquellas irregularidades, aun como motivo de casación, puesto que si la irregularidad fue estudiada y fallada en el juicio, será cosa juzgada que impide revivirla en nuevo juicio.... La nulidad de lo actuado por falta sobreviniente de representación, debida a la muerte del demandado, acaecida después de haberse contestado la demanda, era indudable al tenor del artículo 134 de la ley 105 de 1890, que formaba parte integrante del Código Judicial anterior, a menos que tuviera constituído apoderado en el juicio, caso en el cual la representación continuaba después de la

Págs. 480, 1ª y 2ª 874, 2ª

Págs.

muerte del demandante, según los artículos 2194 del C. C. y 354 del C. J. abolido. Para el Código Judicial de 1931 subsiste la nulidad procedimental de lo actuado en el juicio cuando fallece la madre que representa a los menores demandados, al tenor de los artículos 448, 450 y concordantes de dicha obra, y ya se dijo cómo la respectiva articulación debe ventilarse en cualquier estado del juicio y decidirse antes de la sentencia (artículos 455 y 456 ibídem). Pero el artículo 370 del mismo Código plantea una duda que es el caso de resolver. Dice que los términos no corren en un negocio determinado, ordinal 2º, "por muerte de alguno de los litigantes, hasta que se haga saber a quien debe representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio". La muerte de Alicia Tore, cónyuge sobreviviente, representante de la sociedad conyugal disuelta y madre legítima que llevaba la voz de los menores, produjo sólo la consecuencia de la suspensión de los términos en ese juicio, o por no haberse siquiera suspendido dichos términos es nulo lo actuado mientras tanto contra la sociedad conyugal y contra la herencia sin representante alguno? Lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 no se actúe en perjuicio de un litigante que por no tener representación después de su muerte no puede hacer valer su derecho ni defenderse, según el caso, y el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por noticias que se le den de ella por interesados, aunque no sean parte en el juicio, o, lo que es posible que no suceda, por aviso que le dé la contraparte. Pero si por falta de conocimiento la actuación continúa después de la muerte del litigante que no tiene apoderado constituído en el juicio, lo actuado es nulo.... Es pues procedente la causal de casación que se ha invocado contra la sentencia recurrida, porque se prescindió una formalidad indispensable para fallar, consistente en poner en conocimiento de las partes la nulidad de lo actuado mientras los menores y la cónyuge muerta no tuvieron oportunamente representación para que, debidamente representados, hubieran podido pedir la reposición de lo actuado o consentirlo, omisión tanto más lamentable cuanto la irregularidad fue insistentemente denunciada, en memoriales especiales, y ni el Juez ni el Tribunal los atendieron siquiera para estudiarlos". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, septiembre 26 de 1935) ..... 127, 1ª y 2ª, y 128, 1ª y 2ª

NULIDAD DEL JUICIO EJECUTIVO

- 187 -

Se inició por un Recaudador de Impuesto sobre la Renta un juicio ejecutivo cuando ya el deudor había fallecido, y se siguió sin que se hubiesen notificado los títulos a los herederos.

"El artículo 451 del C. J. dice que es causa de nulidad en los juicios ejecutivos 'el librar o seguir la ejecución después de la muerte del deudor, sin que se haya llenado la formalidad de que trata el artículo 1434 del C. C.' El artículo 1434 del C. C. citado es de este tenor: 'Los títulos ejecutivos contra el difunto lo serán igualmente contra los herederos; pero los acreedores no podrán entablar o llevar adelante la ejecución, sino pasados ocho días después de la notificación judicial de sus títulos. El juicio ejecutivo de que se trata fue iniciado después de la muerte del doctor Villegas, sin que se hiciera a los herederos la notificación judicial de los títulos, como lo exige el artículo 1434 del C. C. El juicio está —por consiguiente— viciado de nulidad de acuerdo con el numeral 3º del artículo 451 del C. J. y ésta debe declararse como lo estima el señor Procurador". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1907 y 1908, febrero 10 de 1936) ..... 460, 2ª, y 461, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 188 -

Constituye nulidad en el proceso criminal el hecho de proferir una se-

Págs.

lo de los magistrados de un Tribunal el auto de proceder, en vez de hacerlo la Sala de Decisión. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, octubre 17 de 1936)..... 857, 1º

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 189 -

Acogió la Corte la opinión del Procurador sobre dos motivos de nulidad ocurridos en un proceso criminal, emitida así:

"Vista la diligencia de sorteo practicada en este juicio (fs. 67 del cuaderno principal), se observan estas irregularidades: que no entraron en juego sino seis fichas o nombres, debiendo ser siete, al tenor del artículo transcrito y del 1º de la ley 1ª de 1923; que no se recusó a la suerte el jurado que le correspondía al señor Fiscal, como lo dispone la ley; y lo que es más grave, que al procesado no se le dio la representación principal en esa diligencia para que él mismo recusara su juez. Sólo cuando el procesado no compareciere, 'podrá representarlo, para tal efecto de recusar, su respectivo defensor', dice el art. 276, transcrito. Y eso es lo lógico, porque es al acusado a quien directamente interesa examinar el personal que va a juzgarlo, para que así pueda hacer la escogencia y recusar el juez que no le convenga. Tan importante es esta intervención del acusado en el sorteo, que la Corte Suprema de Justicia declaró nulo un proceso por el solo hecho de no haber recusado él directamente, sino su defensor. (Véase la sentencia de fecha 21 de septiembre de 1934, en la casación por homicidio contra Pedro Luis y Antonio Emilio Agudelo, que aún no ha sido publicada en la GACETA JUDICIAL). 'Segundo motivo de nulidad: Es el previsto por el numeral primero del artículo 265 de la ley 57 citada. En verdad, al folio 69 del cuaderno principal, obra una diligencia de sorteo parcial de dos jurados, que se llevó a efecto sin la presencia e intervención del acusado. De nada vale notificarle a él el auto que señala día para el sorteo, si no se le lleva a la oficina del Juzgado para que pueda ejercer el derecho que le concede principalmente la ley en esa diligencia. En tales circunstancias, esa omisión es tan grave como no haberse notificado a una de las partes el auto que señala día para el sorteo de jurados, siempre que la diligencia se practique sin la asistencia de la parte notificada, tal como lo prevé aquel artículo y como ocurrió en este negocio. Y esta ha sido la jurisprudencia invariable de la Corte...." (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, julio 29 de 1936) (1)..... 670, 1º y 2º

NULIDAD DEL PROCESO CRIMINAL

- 190 -

Se alegaba como causal de nulidad del proceso criminal en un recurso de casación el no haberse notificado oportunamente a las partes el auto que señalaba fecha y hora para el sorteo de jurados.

".....El numeral 1º del artículo 265 de la ley 57 de 1887, que erige en causal de nulidad el hecho de no haberse notificado a las partes el auto que señala hora y día para el sorteo de jurados, exige dos requisitos para que pueda declararse la existencia de tal nulidad, a saber: que la diligencia se haya practicado sin la asistencia de la parte no notificada, y que sea ésta quien alegue la nulidad. Ahora bien: las firmas del procesado y de su defensor aparecen en la diligencia del sorteo, luego falta por lo menos una de las dos condiciones legales. Y por otra parte, nada se dijo a raíz del sorteo y antes de la audiencia sobre este particular, ninguna gestión se hizo acerca de posible nulidad y bien al contrario, como lo apuntó el Tribunal sentenciador, el propio señor abogado aceptó el sorteo de jurados y agitó el rápido trámite del traslado a ellos". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, junio 5 de 1936)..... 425, 1º

(1) Véase la sentencia de fecha 15 de septiembre de 1937, GACETA JUDICIAL, No. 1900, página 29, tomo XXXV.

Págs.

NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EMBARGADOS

- 131 -

Elías Angel Olarte hipotecó dos casas por una deuda a favor del Banco Hipotecario de Bogotá y las vendió después a Rito A. Neira y Paulina Jaramillo, a los cuales ejecutó el Banco con acción real hipotecaria embargándoles las casas y registrando el embargo. Poco después Neira y la Jaramillo vendieron a Elías Angel Olarte las casas y aunque no aparece que el Banco consintiera en esa venta, sí resulta tratando después con el nuevo dueño Angel Olarte cuestiones relativas al pago y a la ejecución y recibiéndole algunos abonos a cambio de suspender el juicio, pero no de desistir de él ni de levantar el embargo. Así las cosas, Angel Olarte le vende esas casas a Pedro C. Castro, aseverando en la escritura de venta, contra la verdad, que las fincas estaban libres de embargo judicial. No obstante el registro del embargo, el Registrador inscribió la escritura de venta en el registro. Castro demandó entonces a Angel Olarte para que se declarase la nulidad de la compraventa por objeto ilícito, consistente en haberse vendido después del embargo, y para que se hiciesen otras declaraciones subsidiarias. El Tribunal, basándose en que tanto el vendedor, Elías Angel Olarte, como el comprador Castro eran personas distintas de las demandadas en el juicio especial hipotecario, para quienes no estaban en litigio ni fuera del comercio las dos casas embargadas, rechazó la acción instaurada. Recurrió en casación el actor acusando el fallo por violación de los artículos 1521 del Código Civil y 42 de la ley 95 de 1890.

"La Corte considera que es evidente el quebrantamiento por parte del Tribunal sentenciador de ambos artículos. Del 42 de la ley 95 de 1890, por haber estimado el Tribunal, en el pasaje atrás transcrito de la sentencia, que Elías Angel Olarte era un tercero extraño al ejecutado, para quien no se consideraban las casas en litigio, siendo así que Angel Olarte derivaba su título de la venta que le hicieron los ejecutados Neira y Jaramillo con posterioridad al embargo, y el mismo Angel Olarte, fue tenido como deudor por el Banco ejecutante, como se verá ahora, y con el antecedente de ese título fue como luégo le vendió al demandante Castro sin consentimiento del acreedor. El artículo 42 de la ley 95 de 1890 establece que cuando la enajenación de la finca embargada sea hecha por persona distinta de la demandada o ejecutada, no se considerará en litigio la cosa respecto de dicha persona distinta ni de los que contratan con ella, lo cual está diciendo, claramente, que no pueden ser terceros los que derivan su título del mismo ejecutado. Esa disposición se refiere a los contratos celebrados con terceros, que, como tales, no derivan su título del ejecutado o del demandado. Y ya se vio que Angel Olarte, tratante de Castro, había comprado las casas embargadas a los ejecutados Neira y Jaramillo. El quebrantamiento del artículo 1521 del C. C. resulta igualmente de la circunstancia de que el Tribunal no le diera eficacia a ese precepto para estimar ilícita la enajenación de las dos casas embargadas antes por decreto judicial sin que la enajenación hubiera sido autorizada por licencia del Juez ni por el consentimiento del acreedor, siendo así que el vendedor Angel Olarte, demandado en el juicio, no probó ni esa licencia, ni ese consentimiento, estando en el caso de obtenerlo, por no ser el tercero a que se refiere el artículo 42 de la ley 95 de 1890. Sólo mediante una de esas condiciones habría evitado la ilicitud del objeto del contrato. Y no se diga que lo prohibido es sólo la enajenación y que en el presente juicio lo demandado es la nulidad de la venta, porque el artículo 1866 del C. C. sólo permite la venta de las cosas corporales e incorporales cuya enajenación no esté prohibida por la ley, y el 1523 de la misma obra establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes. Mientras la permanencia del embargo registrado el 2 de junio de 1930 hiciera de las casas embarga-

Págs.

das un objeto ilícito de enajenación, se conservaba la prohibición terminante de hacer la tradición de lo vendido y era de estricta aplicación para el Registrador el artículo 43 de la ley 57 de 1887, a menos que se tratara de un contrato celebrado entre terceros que no derivaran su título del ejecutado o demandado, caso en el cual el registro podía hacerse por virtud del artículo 42 de la ley 95 de 1890. En confirmación de lo que acaba de decirse, conviene anotar que no se trata del caso de venta de cosa ajena, en que podría hacerse la distinción entre validez de la venta, en el sentido de que el contrato produce obligaciones para los que lo celebran, y nulidad de la tradición posterior por medio del registro. El caso en cuestión es simplemente de VENTA DE COSA EMBARGADA. Ninguno le discute al ejecutado el dominio de las casas. Esta anotación se pone de relieve si se supone que el comprador Castro pretendiera el reconocimiento de un mejor derecho de dominio que el del ejecutado, para el efecto de excluir, con la antigua acción de tercería, la cosa embargada de la traba ejecutiva, en donde se vería claro que proviniendo su título de dominio del mismo ejecutado, y versando el contrato sobre un objeto ilícito, ya que las casas, materia de la compraventa, estaban cuando se efectuó el contrato, fuera del comercio, por hallarse embargadas; mal podría Castro R., con ese título, demostrar mejor derecho que el ejecutado al dominio de las casas, por ser el mismo y carecer de tradición válida. (Véase la sentencia de casación de fecha 16 de junio de 1916, G. J., Nos. 1302 y 1333)". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 27 de 1936) 735, 1ª y 2ª, y 736, 1ª

NULIDAD EN LOS JUICIOS CRIMINALES

- 192 -

La ley 57 de 1887, artículo 284, establece siete motivos de nulidad en los juicios criminales en que no interviene el Jurado. Y estos motivos de nulidad, según elementales principios de hermenéutica, son para el juzgador de interpretación restrictiva, máxime cuando el mismo legislador, en el artículo 266 de la misma ley 57 de 1887 establece perentoriamente que "no puede ordenarse la reposición del proceso, cualesquiera que sean las omisiones o las irregularidades que en él se noten, fuera de los casos previstos en los dos artículos anteriores". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, julio 15 de 1936) 447, 2ª

NULIDAD POR SIMULACION SOLICITADA POR EL ACREEDOR EN CUANTO A LA ENAJENACION FICTICIA HECHA POR SU DEUDOR

- 193 -

Agripina Correa viuda de Sánchez y Efraím Echeverri demandaron a Sinforiano y Julio C. Loaiza para que se declarase nula la compraventa que aparece celebrada entre éstos, por simulación en perjuicio de los acreedores. Contra la sentencia que condenó a Loaiza declarando que le pertenecían los bienes que trasfirió ficticiamente, recurrió éste en casación alegando violación del artículo 15 de la ley 95 de 1890, porque en su concepto los acreedores no tienen el interés legal de que habla ese artículo.

"El personal actual de la Corte, al igual de magistrados de períodos anteriores que en varias de las aludidas sentencias salvaron su voto, estima que el interés del acreedor no está excluído del sentido y alcance que a esta palabra INTERES da el citado artículo 15, y sobre este concepto dictó, por ejemplo, la sentencia de 29 de mayo de este año, en que reconoce el interés del acreedor, como tal, en la anulación de enajenaciones de su deudor, en pleito análogo al presente. Es obvio que si a alguien interesa que no merme o decrezca el patrimonio de otro es a quien de éste es acreedor. Basta al efecto a más de lasmismas razones que saltan a la vista, recordar el derecho que al acreedor,

por sólo serlo, confiere el artículo 2488 del C. C. sobre todos los bienes de su deudor, raíces o muebles, sean presentes o futuros. Los fallos que cita el recurrente en que, no siempre por unanimidad, prevaleció la doctrina contraria, esto es, la de que entre los interesados no puede entenderse que figuran los acreedores, obedeció, sin duda, como en algunos de aquellos que se hace presente, a la circunstancia de tener los acreedores ya la que de antiguo se llamó acción pauliana, consagrada en el artículo 2491 de nuestro C. C., ya la del artículo 161 del C. Co., en su caso. Pero, al respecto cabe observar: existir una acción no es razón, en tesis general, para por ese solo concepto inferir que no existe otra que conduzca, por senda más o menos diferente, al mismo resultado perseguido por aquélla; por el contrario, suele haber pluralidad de medios y de recursos para conseguir un fin dado y pluralidad de acciones para, ejercitándolas, obtener un derecho. Además, a estos respectos cabe observar: para las acciones y recursos del artículo 161 se necesita por parte del deudor un estado de quiebra, y para los del artículo 2491 que se le haya abierto concurso de acreedores o haya hecho cesión de bienes. Esos casos, por sus circunstancias singulares determinan una situación especial para la persona misma y, sobre decirlo, para sus bienes. No sería jurídico que los derechos del acreedor estuviesen a merced de que se hayan producido previamente o no esas circunstancias, que no siempre está en sus manos producir o evitar o conducir a que se produzcan o eviten. Como no sería jurídico tampoco distinguir entre los acreedores, donde la ley no distingue, a fin de establecer en cada caso si pudieron o no pudieron acogerse a alguno de aquellos artículos. La ley, que lejos de fomentar actos o contratos viciosos, antes bien facilita el pronunciamiento de la nulidad que por viciosos los castiga, atribuye, lógicamente, la potestad de alegarla a todo el que tenga interés en ello; tales palabras del citado artículo 15, sin más excepción que, por vía de

Págs. | Págs.

sanción personal, la de quien a sabiendas ejecutó el acto o celebró el contrato nulos". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 30 de 1935) (1) ..... 401, 1ª y 2ª

NULIDAD RELATIVA DEL REMATE DE BIENES QUE PARA SI MISMO HACE EL MANDATARIO

- 194 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título REMATE. (Liberata Escovar con Pedro Nolasco Escobar).

NULIDADES ADJETIVAS

- 195 -

La demandada en juicio sobre reforma de un testamento pretendía desconocer el derecho a la acción de reforma al comprador de todos los derechos de un legitimario, es decir, negarle la personería sustantiva para demandar, e invocaba en casación los artículos 448 y 455 del Código Judicial.

"Como los artículos 448, ordinal 2º y 455 del C. J. se refieren a nulidades procedimentales, y la falta de personería a que el cargo del recurrente se refiere es sustantiva, porque tiende a negarle al actor el derecho mismo, o sea la calidad de comprador del derecho hereditario, y con éste la de dueño de la acción de reforma del testamento, en ellos no puede fundarse el cargo; cuando se incurre en la secuela del juicio en las nulidades adjetivas contempladas por los artículos precitados, la causal de casación, consagrada por el Código Judicial de 1931, es la del numeral 6º del artículo 520, que no ha sido invocada, ni sería pertinente invocarla tratándose del reparo a la existencia misma del derecho o de la acción en cabeza del demandante". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, enero 30 de 1936) ..... 533, 1ª y 2ª

(1) Concordancias: véase la sentencia de fecha 28 de mayo del mismo año, publicada en el No. 1697, G. J., página 25.

Págs.

O

OBLIGACION CONTRAIDA SOLAMENTE POR ERROR DE DERECHO

- 196 -

Véase la doctrina titulada: REPETICION POR PAGO EFECTUADO EN VIRTUD DE UN ERROR DE DERECHO.

OBLIGACIONES NEGATIVAS

- 197 -

Una sociedad anónima había demandado al sucesor o comprador de quien con ella había contratado sobre bodegaje de carga y otros puntos, el pago de una suma de pesos por infracción de un contrato. El Tribunal sentenciador, sobre considerar que la sociedad actora no había registrado el extracto de la escritura social de su formación, dijo que "el actor no podía demandar por el cumplimiento de la pena sino como consecuencia de la acción resolutoria del contrato, o de la acción en que se pidiera el cumplimiento del mismo contrato, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1546, 1594 y 1608 del C. Civil; y que como así no se hizo por el actor, esa omisión engendraba la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido, alegada también por el demandado". Dijo la Corte:

"Al hacer esta declaración olvidó el Tribunal que en las obligaciones negativas se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho de que el deudor se ha obligado a abstenerse, y que toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho, según enseñan los artículos 1535, inciso 2º, y 1612, inciso 1º, del Código Civil. Olvidó también que el artículo 1546 es aplicable a las obligaciones de dar, salvo el caso de inexistencia de la cosa, como lo prevé el 1870. El Tribunal violó en este punto, por indebida aplicación, el artículo 1546 del Código Civil, y violó asimismo, por infracción directa, el artículo 1595 de tal Código, en su inciso 2º, preceptos ambos invocados por el recurrente. Cae esta excepción". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, marzo 10 de 1936) (1)....

P

PACTO DE RETROVENTA

- 198 -

Véase RETROVENTA.

PAGO HECHO DE BUENA FE AL POSEEDOR DE UN CREDITO

- 199 -

El lector encontrará relatado en la doctrina HABER DE LA SOCIEDAD CONYUGAL el origen del pleito en que se expuso la doctrina correspondiente a ese punto. Sobre el pago hecho de buena fe al poseedor del crédito, dijo la Corte:

"Artículo 1634 del C. C.—No es el caso de entrar a estudiar —porque el recurso no plantea ni directa ni indirectamente esta cuestión—si por ser la señora Téllez de Peñuela o sus cesionarios POSEEDORES del crédito, el correspondiente pago hecho de buena fe a ellos tendría poder liberatorio; ni es el caso tampoco, por consiguiente, de entrar a decidir si por razón de ese texto y como consecuencia de una indebida interpretación de él, podría habérsele negado interés jurídico al actor en lo que concierne a las súplicas de la demanda resueltas en su favor por el Tribunal. El recurrente no acusa la sentencia en cuanto éste, al desconocerles a los demandados el carácter de poseedores del crédito haya podido incurrir en una indebida aplicación o en una errónea interpreta-

(1) Lo referente al punto de falta de registro del extracto de la escritura social véase en el punto titulado SOCIEDAD.

Págs.

ción de dicho texto, como consecuencia de la cual se le reconocería al actor un interés jurídico de que habría podido carecer en el caso de que se hubiera estimado que, por virtud de la aplicabilidad de tal artículo, podía realizarse un pago liberatorio a los poseedores de la acreencia, mediante la existencia del requisito de buena fe en el deudor. Ninguna de estas cuestiones fue enfocada por el recurrente al hablar del artículo 1634, y por ello la Corte no puede entrar a estudiarlas. El recurrente se limitó, en relación con dicho texto, a hacer las siguientes consideraciones: a) Que el Tribunal incurrió en un círculo vicioso al considerar que la señora Téllez de Peñuela no era dueña del crédito y que por tanto no se podía hacer un pago a sus cesionarios; b) Que es al actor Ballesteros a quien debe considerarse de mala fe, y no al cesionario Téllez, porque ya éste había sido considerado por el mismo Tribunal, en el juicio ejecutivo, como cesionario de buena fe; c) Que el Tribunal al considerar como de mala fe a los cesionarios, no sólo le reconoce al actor la cesión del art. 1748, 'sino cualquiera otras acciones'. Por ninguno de estos conceptos se advierte violación del referido artículo 1634. Si el Tribunal consideró por las razones tantas veces expuestas ya, que la señora Téllez de Peñuela no adquirió para sí el crédito, con ello el sentenciador ni interpretó mal, ni aplicó indebidamente, ni infringió de modo directo el mencionado artículo. Si el sentenciador estimó que había mala fe por parte de los cesionarios, con ello tampoco violó ese texto, porque desde el punto de vista de la aplicabilidad de éste, nada interesa la buena o mala fe del cesionario o del poseedor del crédito. Lo que interesa, para que haya lugar a la aplicación del artículo y para que como consecuencia de ésta se produzca un pago con fuerza liberatoria, es la buena o mala fe del deudor. Si el deudor obra de buena fe el pago es válido, y si obra de mala fe no lo es". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 23 de 1936)..... 811, 1ª y 2ª

Págs.

PENSIONES

- 200 -

La ley 49 de 1903, sobre pensiones en favor de las viudas e hijos legítimos de los ciudadanos que hayan ejercido la Presidencia de la República, fue modificada por el artículo 1º de la ley 29 de 1912 y por el 1º de la ley 7ª de 1913. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1909 y 1910, abril 28 de 1936) 537, 1ª y 2ª

PENSIONES CIVILES

- 201 -

En los juicios de pensiones por servicios en el Poder Judicial no son aplicables las disposiciones de la ley 29 de 1905, sino el artículo 5º de la ley 116 de 1928 y es admisible la plena prueba según las reglas generales de procedimiento, como lo ha resuelto la Corte en varios fallos. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1909 y 1910, marzo 20 de 1936)..... 689, 2ª

PENSIONES CIVILES

- 202 -

"Los servicios que un individuo preste como magistrado de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo no pueden aceptarse para completar el tiempo legal en las pensiones del Poder Judicial, porque no hay disposición alguna que así lo autorice, como existe, por ejemplo, para el tiempo que el interesado haya servido como Fiscal de Juzgado Superior o de Tribunal de Distrito Judicial o como Procurador General de la Nación, que el artículo 5º de la ley 16 de 1928 ordena computar de manera expresa. Además, los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no forman parte del Poder Judicial y las disposiciones sobre pensiones se refieren claramente a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a los Jueces". (Sentencia, Sala de Nego-

cios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 7 de 1936) (1)..... Págs.

PENSIONES MILITARES

- 203 -

De acuerdo con el artículo 7º de la ley 11 de 1931, corresponde al Consejo de Estado el conocimiento de asuntos referentes a pensiones y recompensas militares. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1911 y 1912, julio 10 de 1936)..... 878, 1ª

PENSIONES POR CAUSA DE LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA

- 204 -

Las pensiones por causa de la guerra de la Independencia fueron suspendidas por el artículo 6º del Decreto Nº 136 de 1932. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1909 y 1910, abril 28 de 1936)..... 686, 2ª

PERDIDA DEL DOCUMENTO

- 205 -

Véase: DOCUMENTO PERDIDO.

PERJUICIOS

- 206 -

Habiendo ocupado el Gobierno desde los tiempos de la última guerra civil una casa con sus fuerzas, manu militari, pagó el valor de sus arrendamientos que reconoció a la cesionaria de sus dueños, pasados más de veinte años de la fecha de la ocupación. Como se presentase la cesionaria demandando a la Nación para el pago de perjuicios por el retardo en el pago de esos arrendamientos y de los intereses de mora, dijo la Corte:

"....Si la Nación no estaba obligada a pagar dentro de un término fijo una cantidad de dinero, el valor de intereses por la suma ilíquida no procede, porque tratándose de deudas de dinero, los intereses vienen a constituir perjuicios, y de conformidad con el artículo 1615 del Código Civil, los perjuicios sólo se deben desde que el deudor se ha constituído en mora. El artículo 1617 del mismo Código se refiere a intereses moratorios, cuando se trata de pagar una cantidad de dinero. Comentando esta disposición dice en forma enteramente jurídica don Fernando Vélez: 'Decímos que este artículo es una excepción a las reglas sobre perjuicios, porque señala los que debe satisfacer una persona que es deudora de una suma de dinero y no la paga el día que se vence el plazo; porque determina el hecho que constituye en mora al deudor, sin que sea necesario para que ésta exista la reconvención judicial (artículo 1608, Nº 1º), y porque los intereses se deben sin tener en cuenta ni daño emergente ni lucro cesante, ni si hay dolo por parte del deudor, o si los perjuicios pudieron o no preverse. En suma, basta la mora en el pago para que deba intereses el deudor'. La liquidación del pago puede ser judicial, convencional o legal. Es legal cuando los daños de la mora los establece la ley, como cuando se debe dinero, que se supone que es fructífero. La ley, como se ve, reconoce intereses cuando la obligación es una suma determinada. Estos intereses, llegado el caso, representarían perjuicios, como lo dispone el artículo 1617 mencionado; mas la ley no reconoce perjuicios de perjuicios. Y por eso, cuando las obligaciones tienen por objeto una cantidad de dinero, la indemnización se traduce en pago de intereses, y para que haya lugar a esto el acreedor no tiene que probar que ha sufrido perjuicios: basta que demuestre el retardo". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1907 y 1908, abril 2 de 1936)..... 491, 2ª, y 492, 1º

PERJUICIOS CAUSADOS COMO CONSECUENCIA DE UN DELITO

- 207 -

Opinó el Procurador delegado en un proceso por homicidio que la sen-

(1) Concordancia: No. 3009, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

tencia recurrida había aplicado mal la ley penal en cuanto condenó a los procesados al pago de los perjuicios causados como consecuencia del delito.

"Considera la Procuraduría que el artículo 87 del Código Penal, en donde se establece la condenación oficiosa al pago de daños y perjuicios en el proceso criminal, quedó modificado por las disposiciones de la ley 104 de 1922, según las cuales debe entenderse suprimida la facultad que la ley 57 de 1887 daba al Juez para condenar al pago de perjuicios, aun sin que el ofendido o sus representantes se hiciesen parte y así lo pidieran. Y como en el presente caso —dice el Procurador— no han intentado la acción de perjuicios los interesados, y de oficio no puede hacerse la condenación correspondiente, el Tribunal violó el artículo 87 del Código Penal y el 22 de la Ley 104 de 1922". Con para se aparta la Corte de esta tesis, y considera que el argumento, aunque inteligentemente propuesto, no es apto para fundar motivo de casación, como pasa a verse. La sentencia no viola el artículo 87 del Código Penal, y la tacha que contra ella propone la Procuraduría, es cabalmente la de haber aplicado de modo indebido y oficioso tal artículo, siendo así que él fue modificado — en concepto del señor Procurador — por el 22 de la Ley 104 de 1922. En tal evento, lo violado sería este artículo y no el 87 del Código Penal. Ahora bien: El precitado artículo 22 no es un precepto penal, sino procedimental, ya que estatuye sobre legitimidad de personería para intentar la acción de perjuicios causados por el delito; y suponiendo, dentro del orden de ideas del Procurador, que este artículo de la Ley 104 haya podido ser violado por la sentencia, ello no encajaría dentro de la causal 1ª de casación, puesto que no se trata de ley penal sustantiva; y ni siquiera dentro de la 2ª, porque de implicar violación de ley procedimental, no es de las violaciones que están erigidas en causal de nulidad, y que por consiguiente vicien el procedimiento de nulidad sustancial según la ley. No significa que sea regular ni jurídico

Págs.

que los jueces y tribunales, de manera oficiosa, profieran en sus sentencias condenación por perjuicios. Si lo hacen sin determinar la cuantía, la condenación es prácticamente irrita, y si la condenación se hace por cantidad líquida, hay en ese punto del fallo una extralimitación de funciones, cuyas consecuencias jurídicas invaden un campo distinto al de la nulidad del proceso. Lo que ocurre es que no cualquiera ilegalidad de que adolezca una sentencia es motivo de casación. De ahí que la Corte al casar la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga por indebida aplicación de la ley penal sustantiva, en lo referente al grado en que fue calificada la delincuencia de uno de los reos, y dictar el fallo que habrá de reemplazarla, se abstenga de proferir condenación por perjuicios". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 21 de 1936) (1). . . . . 378, 2ª y 679, 1ª

Págs.

PERJUICIOS — PERJUICIOS COMPENSATORIOS

- 208 -

Manuel Botero demandó a Dáctiva Echeverri para que se le condenase a pagarle los perjuicios que dijo se le habían causado por el incumplimiento de la promesa de contrato pactada entre aquél y la segunda, consistente en la venta prometida de una casa con su solar. El actor recurrió en demanda de casación contra la sentencia del Tribunal, el cual estimó que la promitente compradora no se hallaba en mora de cumplir el contrato. Hallando la Corte que debía casarse la sentencia acusada, en razonamientos expuestos en la doctrina expuesta en otro punto, bajo el mote "Efectos de las convenciones y de las obligaciones", dijo, ya en instancia, lo siguiente sobre el tema de perjuicios compensatorios:

(1) Véanse las doctrinas expuestas en los números 254 y 255 que contiene el "Indice y Jurisprudencia" del tomo XXXVIII de la GACETA JUDICIAL.

Págs.

"El demandante, en este juicio, formuló como petición principal, la de que se condenara a Dáctiva Echeverri a pagarle la cantidad de seis mil quinientos pesos, o la que por peritos se fijara como valor de los perjuicios que dicha señora le causó por el incumplimiento de la promesa de contrato, y como subsidiaria, la de que dicha señora está en la obligación de aceptar la escritura del inmueble a que se refiere la promesa y de pagar el resto del valor del precio estipulado, más los perjuicios moratorios. Si bien es cierto que Botero mandó extender en la Notaría 2ª de Manizales la escritura de venta en favor de la Echeverri, no es menos cierto que dicha escritura no se llegó a firmar por el demandante y que en todo caso no ha habido trasmisión del dominio en favor de la demandada ni perfeccionamiento de un contrato de compraventa, y que, al formular su demanda sobre perjuicios, Botero no ha ofrecido su propia prestación para que ésta sea cambiada por los perjuicios compensatorios respectivos. Por lo tanto la primera petición de su demanda no puede ser interpretada como una verdadera acción de perjuicios compensatorios, que requerirían, según lo antes expuesto, que Botero hubiera ejecutado ya su prestación o hubiera ofrecido en la demanda ejecutarla, renunciando al propio tiempo a la ejecución directa de la prestación de la Echeverri, para que ésta fuera CAMBIADA por los respectivos perjuicios compensatorios. No hay lugar por ello a estudiar si en este caso, no habiéndose probado la imposibilidad de la prestación de la Echeverri, ni alegado siquiera la inoportunidad actual del cumplimiento de las obligaciones de la demanda, es procedente la acción propiamente llamada de perjuicios. La referida primera petición de la demanda tiene que ser considerada —atendido el tenor general del libelo— como una verdadera acción de resolución que excluye los perjuicios compensatorios, pero no el derecho de exigir la reparación del perjuicio que la resolución deja subsistir.... No puede ser óbice para llegar a esta solución el que Botero haya formulado imperfectamente, o de manera poco técnica, la aludida petición de la demanda. Todo en ella indica que el perjuicio demandado por Botero no es un perjuicio compensatorio que implique la previa ejecución de su prestación y la renuncia de la contraprestación directa, sino el perjuicio consiguiente a una previa resolución que lo desligue a él, lo mismo que a la Echeverri, de la referida promesa. Botero sí tiene fundamento para demandar u obtener la resolución. No sólo puso en mora a la Echeverri con el requerimiento que ésta trató de burlar alegando que se le había concedido una prórroga, sino que mediante un decisivo haz probatorio ha puesto de manifiesto que su constante empeño de obtener la ejecución del contrato ha tropezado con negativas reiteradas de la Echeverri a cumplirlo por su parte". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, febrero 29 de 1936) ..... 344, 1ª y 2ª, 345 1ª

Págs.

PLAZO

- 209 -

"Al recordar que plazo tácito es el indispensable para cumplir la obligación respectiva (C. C., art. 1551), se puede reconocer también que las partes pueden fijarlo, así sea indirectamente, en cuanto sus estipulaciones contengan elementos que conduzcan a determinar ese tiempo indispensable para tal cumplimiento". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, enero 31 de 1936) 544, 1ª

PODER JUDICIAL

- 210 -

"....Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo no forman parte del Poder Judicial". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, julio 7 de 1936) (1) 872, 1ª

(1) Concordancia: No. 3009, tomo 3o., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

POLIZA DE SEGURO Y REVALIDACION DE UNA POLIZA CADUCADA

- 211 -

Sostenía la compañía opositora al actor recurrente en un juicio sobre pago del valor de un seguro que no era posible que se pudiera revalidar una póliza ya caducada. La Corte demostró que no había ocurrido ese fenómeno y sentó sobre el punto la siguiente doctrina:

"....Se ha sostenido por la parte opositora que una póliza caducada no puede revivir y que por eso la carta de nueve de septiembre, tantas veces mencionada en este fallo, no pudo producir ese fenómeno, el de revivir la póliza. El anterior argumento debe estudiarse por dos aspectos: desde el punto de vista jurídico general y desde el punto de vista a que se contrae exclusivamente tal argumento. No puede sostenerse de una manera absoluta, que cumplido cierto evento de un contrato o convención, que produzca la resolución de ella, no puede producirse un factor, que con posterioridad a ese evento evite las consecuencias de una resolución. La voluntad de las partes en muchos casos, constituye ese factor, que impide la resolución del vínculo, no obstante la producción del hecho que lo desvirtúa, y deja en firme el acto o contrato, como si no hubiera acaecido el evento. Así, en un contrato de compraventa en que el comprador no pagó el precio en oportunidad, no habría lugar a la acción resolutoria, si después del plazo el vendedor recibe el dinero. Por eso, en aplicación de este principio, la Corte Suprema dictó la sentencia de 3 de junio de 1912, en que la Nación era la demandada, en la cual dijo que, si en un contrato sobre compraventa de una publicación el contratista aceptó los pagos o contratos que debía cubrirle el Gobierno, pero que no le fueron cubiertos en los respectivos plazos estipulados, la obligación del Gobierno quedaba satisfecha y el contratista no podía alegar el retardo del Gobierno en cubrir los contados, como razón para no cumplir con las obligaciones que le incumbían. Considerando el asunto desde el punto de vista de este litigio, tampoco puede sostenerse que caducada una póliza de seguros, no puede revivir, por la revalidación, puesto que fundada la compañía en un alto principio de equidad, establece en la cláusula 7ª de su contrato, que a solicitud por escrito presentada por el asegurado, la póliza podrá ser renovada dentro del período de dos años, a contar de la fecha en que se dejó caducar la misma, con las condiciones establecidas en tal cláusula. Según ésta, aun dentro del período de dos años de la caducidad puede renovarse la póliza, es decir, desvirtuar, destruir los efectos de una caducidad consumada; ya vale la pena observar que en el presente litigio no habían corrido sino nueve días desde que el beneficiario ha debido pagar la prima. Queda, pues, a juicio de la Corte, establecido que sí puede producirse el fenómeno de la revalidación de una póliza caducada, lo cual produce el resultado de que los efectos de la caducidad queden destruídos". (Casación, XLIII, No. 1904, marzo 24 de 1936)..... 69, 2º, y 70, 1º

Págs.

POSESION

- 212 -

Arturo González Ponce y Carolina Uribe de González Ponce demandaron en acción de dominio a Francisco Forero Aguilera. Como prosperase la acción reivindicatoria en ambas instancias recurrió en casación el demandado alegando que el único título de los actores era posterior a la posesión que él tenía en el lote reivindicado, y que, por tanto se había violado la presunción de dominio que lo favorecía, pues entre un poseedor y un titular del dominio, de fecha posterior a la posesión, debía ser amparado aquél, en concepto del recurrente.

"El cargo consistente en que la posesión que dice tener el demandado sobre el lote Nº 548, es anterior al título de dominio de los demandantes, no es conducente ni aceptable en este caso, ya que el demandado trae su posesión y la explica y legitima como una derivación del do-

Págs.

minio que les reconoce a los actores sobre 'El Ejido' quienes, según el mismo demandado, fueron sus tradentes. En esas condiciones, no es aceptable que el demandado pretenda legitimar su posesión por la tradición que le hicieron los González Ponce y al mismo tiempo ataque el derecho de éstos, único que dio lugar y origen a la posesión del lote". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, octubre 30 de 1935) 321, 2ª

PRESCRIPCION

- 213 -

La parte condenada a la restitución de la finca perseguida en acción de dominio alegaba en casación que el sentenciador no había estudiado la excepción de prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, fundada en que el dueño dejó pasar más de veinte años sin ejercitar la acción de reivindicación contra los poseedores, y que la excepción analizada por el Tribunal había sido la adquisitiva de dominio.

"2º De acuerdo con nuestro Código Civil, el derecho de propiedad es perpetuo en el sentido de que subsiste tanto como la cosa sobre la cual recae y con la cual se identifica, sin que esto signifique que este principio sea absoluto. Tal perennidad del derecho de dominio sobre el inmueble que se reivindica, hace que aquél no se haya menoscabado en su existencia misma con motivo del cambio de titulares. De ahí que el derecho de dominio sobre el bien raíz urbano, objeto del pleito, no sea susceptible de extinguirse por el simple no uso, y por consiguiente, la prescripción extintiva no sea procedente en este caso. Lo cual se debe también a la naturaleza misma de ese derecho de dominio que lo hace entre nosotros un derecho aislado, principal, un derecho cepa. Por el no uso, en el caso que nos ocupa, el propietario no cesaría de serlo sino cuando otro ocupara su lugar, en virtud de una prescripción adquisitiva. Transformar aquí el hecho del no uso en derecho, no se traduciría en ventajas prácticas para nadie, ni aun para la colectividad, a causa de que continuaría subsistiendo la característica dicha del derecho de dominio. Es en virtud de las consideraciones anteriores, como se explica por qué el artículo 2512 del Código Civil distingue en la prescripción las dos fases antagónicas de ella: a) La institución llamada extintiva o liberatoria, y b) La denominada adquisitiva o usucapión, que es la única que rige para el derecho de propiedad. Por otro aspecto, los artículos 2535 y 2536 del Código Civil, no son tan generales como parece desprenderse de la letra de ellos. Existen acciones imprescriptibles, tales como las que conciernen al estado de las personas; las acciones del acreedor garantizado por una prenda, en tanto que la prenda permanezca en sus manos; las acciones para la restitución del objeto dado en prenda o confiado en depósito. Dada la peculiaridad del derecho de dominio sobre la casa, ya analizada, se explica el silencio del Tribunal en relación con la excepción de prescripción extintiva de la acción de dominio, la cual excepción resulta notoriamente inconducente. A este respecto del silencio del sentenciador, no es procedente la acusación hecha al fallo por la segunda causal del artículo 520 del Código Judicial, porque en la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal se refirió a todas las excepciones propuestas. Pero como la acusación por parte de los recurrentes demandados se formuló también en el sentido de ser la sentencia violatoria de ley sustantiva, con motivo de que el Tribunal omitiera la consideración de la excepción aludida, se ha hecho el estudio que antecede". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 2 de 1935) 162, 2ª, y 163, 1ª

PRESCRIPCION DE ACCIONES CONTRA ASOCIACIONES O PERSONAS MORALES

- 214 -

"Como las asociaciones o personas morales, verbigracia, las empresas de ferrocarriles, no son responsables

criminalmente, la prescripción de las acciones civiles contra ellas no se rige por el Código Penal, de acuerdo con el artículo 2358, inciso 1º del C. C. Tal prescripción se rige por las disposiciones generales del C. C. Así lo resolvió la Corte en sentencia de fecha 14 de mayo de 1917. (Jurisprudencia de la Corte, Nos. 393 y 394, tomo II)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, noviembre 11 de 1935)

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA CONTRA EL ESTADO

- 215 -

Proferido mandamiento de pago en juicio ejecutivo de la Nación contra un particular en 1924, solamente se le notificó el auto ejecutivo en 1935. Como opusiese el ejecutado la excepción de prescripción de la acción ejecutiva, dijo la Corte:

"De modo que constando claramente que no se impulsó el negocio en el período comprendido entre junio de 1925 y enero de 1934, la prescripción no puede estimarse interrumpida en virtud de la demanda ejecutiva; y como el 27 de septiembre de 1935, fecha en que se notificó ella al doctor Cajiao Wallis, había transcurrido un lapso de más de diez años desde el día en que la obligación se hizo exigible, de conformidad con el artículo 2536 del Código Civil, la acción ejecutiva está prescrita". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1907 y 1908, febrero 7 de 1936).....

PRESCRIPCION DE LA ACCION EJECUTIVA CONTRA EL ESTADO

- 216 -

Se opuso la excepción de prescripción de la acción ejecutiva en un juicio iniciado por el Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales, porque desde 1915, en que se inició la acción, no se volvió a actuar hasta 1934.

"De conformidad con el inciso 3º del artículo 2539 del Código Civil, la prescripción extintiva de la acción 'se interrumpe civilmente por

Págs.

la demanda judicial, salvo los casos enumerados en el artículo 2524' entre los cuales está el segundo, que dice: '2º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda, o cesó en la persecución por más de tres años'. El artículo 364 del Código Judicial trata del abandono de los juicios por parte del actor, el cual ocurre cuando éste no hace gestión alguna por escrito para impulsar el
248, 2ª juicio durante un año. Este abandono da lugar a la caducidad de la instancia, caducidad de que trata ese artículo. La caducidad viene a ser una sanción contra el litigante descuidado, pero ella no puede declararse en los juicios ejecutivos abandonados, según el inciso 8º de la misma disposición; además, no puede tener lugar en toda clase de juicios cuando el demandante es el Estado, al tenor del inciso 8º de la misma. Por ser este juicio ejecutivo, y por ser demandante el Estado, concurren las dos circunstancias de excepción anotadas, que impedían la declaración de su caducidad. Pero si la perención o fenecimiento de la instancia por el apartamiento de la acción por un lapso de más de tres años no pudo realizarse en este juicio, merced a que no es posible decretarse la caducidad en los ejecutivos, y también por ser el Estado el actor, sin embargo, la cesación de persecución, que es un fenómeno que no puede equipararse a la caducidad, sí es capaz de producir algún efecto que favorezca al ejecutado cuando ella sucede por más de tres
455, 2º años. La frase 'si cesó en la persecución por más de tres años' del artículo 2524, no puede referirse a lo que en nuestro derecho es la institución de la caducidad. Lo que elimina la interrupción de la prescripción cuando hay caducidad, es la decretación de ésta a petición de parte cuando ha habido abandono del juicio por parte del actor por más de un año, y lo que borra esa interrupción, en los términos del artículo 2524, es la cesación de la persecución por el lapso expresado. La caducidad puede pedirse que se declare al cumplimiento de un año de abandono en los juicios en que ella es posible; pero cuando ella no tiene

Págs.

cabida, el abandono o cesación en la persecución por el tiempo de que habla dicho artículo produce el mismo efecto de tenerse como fallida la interrupción de la prescripción, aunque en los juicios en que ello ocurre no sea posible la declaración de la caducidad. La cesación de persecución en el lapso mencionado en el artículo 2524 produce el efecto de que la interrupción de la prescripción se tenga por fallida. Aun aceptando, en gracia de discusión, que en este pleito se hubiera interrumpido la prescripción de la acción desde el mandamiento ejecutivo y durante los tres años posteriores al 26 de febrero de 1915, dicha interrupción habría fallido para lo futuro, por el abandono de tres años en la persecución, a contar de esta última fecha. Sobre este mismo supuesto, el presente caso, en que la Nación cesó en la persecución por más de tres años, en la forma que queda expresada, y en que transcurrió un lapso suficiente para la prescripción de la acción ejecutiva, de conformidad con la ley, contado desde la fecha en que se cumplieron los tres años de abandono, debe equipararse a aquellos en que no se estableció la acción en los diez años subsiguientes contados desde el día en que ella se hizo exigible. Si por el hecho de establecer la demanda ejecutiva, aunque el actor cesara indefinidamente en la persecución, continuara interrumpida, también de modo indefinido, la prescripción, se vulneraría en sus bases esta institución, que no podría ya cumplirse, así fuera que pasara muchísimo tiempo, pues el Estado podría abandonar el juicio por años y años, y moverlo al fin, amparado por esa interrupción de la prescripción. En tales circunstancias, se desconocería el fundamento jurídico y racional de la prescripción extintiva, que es una institución de necesidad social, indispensable para la estabilidad y seguridad del derecho, y por la que se les pone término a las acciones y se liquida el pasado.... Ahora: de conformidad con el artículo 257 del Código Fiscal, los créditos activos del Estado sólo podían prescribir por el transcurso de treinta años; pero ese artículo fue derogado por la ley 42 de 1923, que entró a regir el 1º de septiembre del mismo año. Por tanto, desde esta fecha, los créditos activos del Estado entraron, para los efectos de la prescripción, en el régimen común, y, en consecuencia, las acciones ejecutivas que tenga esa entidad prescriben por el transcurso de un lapso de diez años, al tenor del artículo 2536 del Código Civil". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, septiembre 4 de 1935)..... 224, 2ª, y 225, 1ª y 2ª

PRESCRIPCION ENTRE COMUNEROS

- 218 -

En un juicio de reivindicación alegaba en casación el demandado recurrente que el sentenciador había violado los artículos 2535 y 2536 del Código Civil al no reconocer la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción, si se tomaba en cuenta el cómputo del tiempo trascurrido desde que la acción surgió.

"El lapso de tiempo a que se refieren los artículos 2535 y 2536 del Código Civil no empieza a correr desde la fecha en que fueron adquiridos los inmuebles sino desde el día en que perdida la posesión por el dueño principia la del usucapiente. Los autos no arrojan prueba sobre este punto de partida. De ahí que no haya habido violación de los aludidos artículos. Y no sería posible hallar la prueba de que Suárez cesó en la posesión, porque poseyendo el comunero Hurtado es claro que poseía en su nombre y en el de sus condueños. En sentencia de 23 de julio de 1932, GACETA JUDICIAL, número 1887, dijo la Corte ser doctrina sentada por su jurisprudencia la de que conforme a la naturaleza de la comunidad y a los textos legales, la posesión de cada copartícipe es común, pues posee en nombre de todos los condueños. En sentencia de 29 de agosto de 1925, GACETA, números 1631 y 1632, observa la Corte que en alguna ocasión dio ello asenso a la teoría de que si un co-

Págs.

munero logra poseer con ánimo de señor, y con exclusión de los demás condueños de origen, hace suya la cosa común de un modo absoluto; pero que no ha adherido a la teoría de que el comunero no posee en nombre de la comunidad por no haber ley expresa que lo diga. Verdad es, observa, que esa disposición esencial no existe; mas la doctrina seguida por todos los Tribunales del país, 'el comunero posee la cosa en su nombre y en el de sus condueños', se desprende rectamente de los artículos 943 y 2525 del Código Civil. Concluye diciendo cómo es verdad incontrovertible la de que el comunero posee la cosa en todas y cada una de sus partes, pero no exclusivamente por sí, sino también por sus condueños, y hace notar cómo es excepcional el caso de que un comunero pueda ganar por prescripción el dominio de toda la finca común porque la haya poseído durante el tiempo necesario con ánimo de señor y dueño absoluto y con desconocimiento de los derechos de los demás comuneros de origen. Esa sería una cuestión de hecho, sujeta a pruebas especiales. A lo dicho se agrega que así como la excepción es necesariamente perpetua, entendiendo por perpetuidad la condición de no perecer mientras exista la acción correspondiente, puesto que el derecho de defensa se ejercita cuando viene el ataque, así también, en un caso como el que se estudia, mientras no se haya consumado la USUCAPION del inmueble perseguido por el reivindicador, esto es, mientras el poseedor no pueda escudarse con esta excepción, es imposible afirmar que la acción del demandante ha prescrito. Los dos fenómenos son correlativos. Prescribe la acción reivindicatoria cuando se ha consumado la prescripción adquisitiva. Mientras esto no haya ocurrido habrá un obstáculo para que la acción se pierda. Se advierte que no se está conceptuando ni decidiendo, por no ser el caso, de acuerdo con la ley 50 de 1936, posterior a las instancias de este juicio". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, agosto 12 de 1936) (1) ..... 610, 1ª y 2ª

Págs.

PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

- 219 -

Consultó el Ministerio de Gobierno a la Corte si en caso de ausencia del Presidente de la República debía desempeñar sus funciones el Primer Designado o uno de los Ministros del Despacho.

"La Corte, al deliberar a espacio durante varias sesiones acerca de la proyectada visita del Excelentísimo Sr. Presidente de la República a varios países de la América del Sur, tuvo en cuenta las consideraciones siguientes: 1ª La Corte, salvo lo dispuesto en algunas leyes para casos especiales, no es cuerpo consultivo del Gobierno; pero como de acuerdo con el numeral 2º del artículo 31 del Código Judicial, le corresponde 'llamar al funcionario que debe reemplazar al encargado del Poder Ejecutivo, en los casos previstos por la Constitución', bien puede, teniendo como tiene aviso oficial sobre un próximo viaje del Excelentísimo señor Presidente de la República al exterior, tomar su determinación acerca del asunto a que se refiere la nota de que se ha hecho mérito; 2ª La Constitución no resuelve expresamente el caso. El artículo 32 del Acto Legislativo Nº 3 de 1910, establece que el Presidente de la República no puede salir del territorio de la Nación durante el ejercicio de su cargo, sin permiso del Senado, pero guarda silencio sobre la manera como en tales circunstancias deba proveerse al ejercicio de las funciones inherentes a la autoridad presidencial; 3ª Al artículo 135 de la Constitución no se le puede dar, ni de acuerdo con la historia constitucional de la República, ni en atención a la letra y al espíritu de ese texto, un alcance tan amplio que autorice para delegar en un Ministro del Despacho todas las funciones que, por razón de su ausencia del

(1) Concordancia: Véase la doctrina expuesta en los números 753 y 763, tomo 8º., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

país, no pueda ejercer el Presidente de la República. Ello equivaldría nada menos que a revivir la abolida institución del artículo 2º del Acto Legislativo Nº 5 de 1905, conforme al cual en aquel tiempo se dio al Presidente la potestad de designar el Ministro que debiera reemplazarlo en sus faltas temporales; 4ª En un caso como el que se contempla guarda mayor armonía con nuestros principios republicanos y con las normas de derecho público sobre delegación de funciones, el llamamiento del Designado elegido por el Congreso, que la delegación en un Ministro de todas aquellas funciones presidenciales que por su ausencia no pueda ejercer el Jefe del Estado, máxime cuando de estas funciones hay no pocas indelegables; 5ª Tampoco sería lógico admitir que aquellas funciones presidenciales cuyo ejercicio puede ser en determinado momento necesario y urgente y que el Excelentísimo señor Presidente, por la imposibilidad material debida a su ausencia del país, no pueda atender, queden sin órgano oficial adecuado para su cumplimiento; 6ª A falta de texto expreso, lo procedente es resolver el punto teniendo en cuenta disposiciones que regulen materias semejantes, y los principios generales de derecho público en que la Constitución se informa; 7ª En ese orden de ideas, el numeral 9º del artículo 120 de la Constitución —conforme al cual el Vicepresidente (hoy el Designado), debe encargarse 'de los otros ramos de la administración' cuando el Presidente ejerza el mando militar fuera de la capital— ofrece un criterio de solución; pues del principio allí consagrado se deduce que no hay inconveniente dentro de las modalidades de nuestro régimen representativo, para que, al mismo tiempo que el Presidente de la República ejerza en el exterior determinadas funciones que le son propias, el Designado se encargue de los demás ramos de la administración; 8ª Dado el carácter y la pluralidad de funciones propias del Presidente de la República, las faltas temporales de que habla el artículo 26 del Acto Legislativo número 3 de 1910, tanto pueden ocurrir con relación a todas esas funciones, como a una parte de ellas, sin que en este último evento la falta temporal del Presidente tenga que revestir el aspecto jurídico de las licencias ordinarias que se conceden a los funcionarios públicos; y 9ª Como el señor Presidente de la República, en el viaje para que le concedió permiso el Senado, ejercerá importantísimas funciones constitucionales inherentes a su cargo, es claro que al salir del territorio nacional no pierde su investidura presidencial, ni sus prerrogativas y preeminencias, con lo cual se consulta, tanto para el Presidente como para el Designado, en cuanto a las funciones que éste debe desempeñar en los otros ramos de la administración, el espíritu del artículo 126 de la Carta. Fueron estos los motivos principales que sirvieron de base a la Corte para adoptar la siguiente determinación: 'Dígase al señor Ministro de Gobierno, en vista del anuncio que ha dado a la Corte sobre el próximo viaje al Exterior del Excelentísimo señor Presidente de la República, que durante el tiempo en que éste se halle ausente, en ejercicio de las altas funciones constitucionales a que se refieren los permisos que solicitó y obtuvo del Senado, el llamado a encargarse de los otros ramos de la administración es el Primer Designado o quien haga sus veces, siendo entendido que el Excelentísimo señor Presidente de la República, al ausentarse del país, no pierde la investidura, ni las preeminencias y prerrogativas que tiene como Jefe del Estado". (Nota del Presidente de la Corte, aprobada en Corte plena, XLIII, No. 1904, mayo 13 de 1936) ..... 12, 1ª y 2ª

El informe de minoría del Magistrado Dr. Pedro A. Gómez Naranjo, dice: "En el caso que se estudia, el Presidente de la República va a salir del país, con permiso especial concedido por el Senado, para visitar las Repúblicas que formaron la Gran Colombia y la del Perú, y es obvio que su ausencia no constituye falta temporal ni absoluta. Va el Presidente en ejercicio de sus funciones, en su calidad de Jefe del Estado, llenando la formalidad previa que

establece la Carta. En tal evento no puede entrar a reemplazarlo el Designado, porque perdería el Presidente su investidura y no podría cumplir la misión que autorizó el Senado de llevar la representación del país a los gobiernos de las naciones amigas a las cuales va a visitar. En esa situación, el Presidente debe hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución.... El concepto de que el Presidente puede salir del país como embajador augusto o representativo, quedando el Designado en ejercicio del Poder, no es jurídico, porque el encargado de la Presidencia ejerce la plenitud de la autoridad presidencial y a él le corresponde —por tanto— la dirección de las relaciones diplomáticas. Para que el Presidente retirado del poder por falta temporal pudiera viajar con la calidad de embajador, se necesitaría designación especial del Encargado del Poder Ejecutivo, quien no le podría dar otra calidad ni representación distinta de la de agente diplomático".

PRINCIPIO DE INMEDIACION EN DERECHO PROCESAL CIVIL

- 220 -

Se había demandado a un individuo para el pago de una suma de pesos que aparecía de un documento y el demandado había negado que la firma era suya. El sentenciador no había dado valor a la prueba del cotejo de letras y había omitido poner en conocimiento de las partes el dictamen pericial.

"De los principios fundamentales del procedimiento civil, por ser generadores de sus normas pertinentes, el llamado de inmediación se aplica casi exclusivamente para la recepción de la prueba y se olvide en dos postulados: El subjetivo o formal y el objetivo o material. El principio de la inmediación en su sentido subjetivo o formal, se refiere a las normas legales que regulan la asunción de la prueba, esto es, a las reglas conforme a las cuales el Juez debe proceder en la práctica de aquéllas. El principio de la inmediación en el sentido objetivo o material, mira a los medios probatorios ya admitidos que el Juez puede utilizar para considerar demostrado el hecho controvertido; o, en otras palabras, si la cuestión a probar es susceptible, para su comprobación, solamente de determinados medios de prueba; si es suficiente el empleo de ciertos medios de prueba cuando esa cuestión puede ser determinada por pruebas de otra naturaleza; si en la cuestión pertinente, siendo susceptible de esclarecerse por medio de pruebas directas, no pueden emplear pruebas de referencia; si es suficiente el indicio cuando el tema da margen a establecerse por otra clase de pruebas. La causa para que la Corte siempre haya considerado ineficaz la prueba pericial cuando se ha omitido poner el dictamen de los peritos en conocimiento de las partes, consiste en que con semejante proceder se desconoce por el juzgador el principio de inmediación en su sentido subjetivo o formal. Se da la anterior explicación debido a que la Corte nunca había expuesto la razón de ser del artículo 719 del C. Judicial ni justificado satisfactoriamente su alcance. Aun cuando el Tribunal aduce, para su decisión, que el cotejo en la segunda instancia de la firma de Hoyos diera un resultado negativo, tal consideranda no es la única ni la principal base de aquélla". No casó la Corte la sentencia recurrida porque no se demostraron los errores de hecho y de derecho que el actor recurrente imputaba a la sentencia recurrida. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, junio 5 de 1936)..... Págs. 764, 1ª y 2ª

PRESUNCION DE AUTENTICIDAD DE FIRMAS EN LOS INSTRUMENTOS NEGOCIABLES

- 221 -

La presunción de autenticidad de las firmas en los instrumentos negociables, consagrada por el artículo 4º de la ley 46 de 1923, constituye una excepción a los principios generales sobre prueba de los docu-

Págs.

mentos privados. (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 9 de 1936).

PRESUNCION DE DOMINIO

- 222 -

La presunción de dominio establecida por el artículo 762 del Código Civil, desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor. (Casación, XLIII, Nos 1909 y 1910, mayo 27 de 1936)..... 593, 2ª

PRUEBAS

- 223 -

En juicio en que se condenó al Municipio de Bogotá a pagarle al actor los perjuicios causados por una inundación del río San Francisco a consecuencia de la deficiente construcción del colector de aguas de ese río, decía el recurrente que el sentenciador había apreciado erróneamente las pruebas.

"La operación de crítica probatoria, llevada a cabo por el Tribunal escapa a la casación, porque no se ha demostrado que fuese manifiestamente errónea la conclusión de hecho a que le llevó esa crítica". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 28 de 1936) (1)..... 585, 2ª

PRUEBAS

- 224 -

Se habían estudiado por el recurrente en un juicio sobre pago de perjuicios las pruebas, de una manera aislada para atacar la apreciación que de ellas había hecho el sentenciador.

"El recurrente toma aisladamente algunas pruebas del juicio para decir que el Tribunal las apreció de modo injurídico, por error de hecho y de derecho. Este procedimiento no es científico. La convicción del Juez procede del estudio de las pruebas acumuladas; es la resultante de unir y coordinar distintos elementos probatorios". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 26 de 1936)... 578, 1ª 587, 2ª

PRUEBA DEL DOMINIO EN LOS JUICIOS DE REIVINDICACION

- 225 -

Véase: REIVINDICACION. — La doctrina empieza: "Había demandado Jorge Posada Muñoz la declaración de dominio, etc...." 593, 2ª

PRUEBA DIABOLICA

- 226 -

Véase: REIVINDICACION Y PRUEBA DIABOLICA.

PRUEBA DEL MANDATO

- 227 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título MANDATO. (En un juicio sobre nulidad de un remate....)

PRUEBA DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO

- 228 -

Se afirmaba en un proceso por homicidio que el veredicto del Jurado adolecía de injusticia notoria "desde que no habiendo en el expediente prueba contundente de la responsabilidad de los sindicados", se dio respuesta afirmativa a los cuestionarios.

"Observa la Corte que no sólo por medio de prueba directa puede demostrarse la responsabilidad, sino también por prueba indirecta, y que ésta última puede llegar a ser tan 'contundente' como la directa. Si con prueba indiciaria nada más de la responsabilidad, el juez de derecho puede llamar a juicio (art. 1627 del

(1) Es esta una doctrina constante de la Corte, como puede verse de las siguientes concordancias, entre otras muchas: 354, 284, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte; 136, 140, tomo 2o., y 2365, 3274, tomo 3o.

Código Judicial) y aun proferir sentencia condenatoria (artículos 1658, 1655, 1659, 1702, 1707 y 1708 ibídem), con tanto mayor razón podrá el jurado proferir veredicto afirmativo, siendo así que la ley no le pide cuenta de los medios por los cuales llega a adquirir el convencimiento". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, septiembre 24 de 1936)..... Págs. 850, 1ª

PRUEBA SUMARIA

- 229 -

Prueba sumaria es plena prueba, pero sin emplear en ella ciertas formalidades; es la que no es controvertida. La calidad de sumaria de una prueba se refiere al modo como ella se produce. (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1910, mayo 14 de 1936)..... 691, 2ª

PRUEBA TESTIMONIAL (EXCLUSION DE LA)

- 230 -

Véase sobre ese punto la primera parte de la doctrina titulada DOCUMENTO PERDIDO.

RECONOCIMIENTO DE LOS RECAUDADORES DE RENTAS

- 231 -

El ejecutado en un juicio seguido con jurisdicción coactiva sostenía en el incidente de apelación del auto ejecutivo que para que los reconocimientos hechos por los Recaudadores de Rentas tengan mérito ejecutivo han de basarse en una obligación que conste en acto o documento que provenga del deudor o que emane de una decisión que deba cumplirse. Concluía que siendo el reconocimiento del Recaudador un acto unilateral en que no había tomado parte el ejecutado, era ilegal el auto ejecutivo.

"Esta facultad (1) es uno de los PRIVILEGIOS EXORBITANTES de las personas administrativas, según lo expresa el notable publicista M. Hauriou. Este privilegio, el de que las personas administrativas no litigan con los individuos sobre un pie de perfecta igualdad, ha dado nacimiento a la jurisdicción coactiva, sin la cual seguramente la comunidad social no obtendría en tiempo oportuno los recursos que le son necesarios para atender a las exigencias de la administración pública. Por esta razón, dice el citado autor, que 'las acreencias públicas están amparadas por un privilegio general de cobranza, que es una de las manifestaciones del procedimiento de acción directa; la Administración, confeccionando un simple documento de cobranza, se crea un título ejecutivo. Este privilegio existe, por lo menos en provecho del Estado, de los Departamentos...' En virtud de este privilegio, los reconocimientos formados por los Recaudadores tienen en su favor una presunción de verdad, por lo que no puede el juzgador inquirir, al librar la ejecución, si ellos están bien o mal hechos, pues basta que se hayan practicado por quien puede y debe hacerlo, y que expresen cantidad determinada a favor del Estado, y además, que hayan sido hechos por los Recaudadores a cargo de los deudores por rentas o contribuciones, porque la obligación de los particulares en tal caso no se contrae por voluntad de ellos, sino por ministerio de la ley", como lo ha expresado la Corte en otras ocasiones". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 13 de 1936).... 883, 1ª y 2ª

RECONOCIMIENTO EXPRESO DE LA SERVIDUMBRE DE TRANSITO

- 232 -

Véase la doctrina contenida bajo el título: SERVIDUMBRE DE TRANSITO.

(1) La coactiva.

Págs.

RECURSO DE CASACION

- 233 -

El abogado consultor de un ferrocarril intentó recurso de casación contra la sentencia por la cual un Tribunal confirmó la del Juez que fijaba una suma de pesos como monto de la indemnización que la Nación debía pagar a determinadas personas por la expropiación de un terreno para el servicio del ferrocarril. Como negase el Tribunal el recurso de casación, recurrió de hecho el abogado consultor. La Corte dijo:

"La tramitación de las demandas de expropiación de predios destinados a la construcción de vías férreas constituye un juicio especial regulado por la ley 35 de 1915 y otras posteriores y que siguió rigiendo después del Código Judicial actual, que no se ocupa de esa cuestión y que deja a salvo las leyes sobre materias especiales. El trámite constitutivo del juicio especial da ocasión a que se dicte una sentencia que decreta la expropiación (artículo 16, ley en cuestión), y a una providencia posterior de fijación del monto de la indemnización que deberá pagarse al propietario y demás damnificados (artículo 20, ibídem); y hecho el respectivo pago, ya directamente, o por medio de la consignación en la forma legal, el mismo Juez hará la entrega al demandante de la faja o fajas sobre que versa la expropiación. Con la providencia que fije el monto de la indemnización y que provea la entrega posterior al pago, finaliza el juicio especial. Esa providencia, auto o sentencia, no está sujeta a casación, porque siendo de juicio especial no es de las enumeradas taxativamente por el art. 519 de la ley 105 de 1931, y así lo anota el Tribunal de Bucaramanga. Hecho el avalúo de los bienes expropiados, el pago de la correspondiente indemnización y la entrega de los bienes, tanto el demandado o demandados, en su caso, como el Agente del Ministerio Público, en el suyo, quedan en el derecho de contradecir el avalúo por causa de error esencial o de dolo en la estimación de la cosa expropiada, contradicción que deberán hacer por medio de una DEMANDA ORDINARIA promovida dentro de quince (15) días después de verificada la respectiva entrega, según expresamente lo dispone el artículo 21 de la ley 35 de 1915. El artículo 22 de esta ley califica, y subraya al concepto en su texto, de PROVISIONAL el avalúo del juicio especial anterior y, consecuente, prevé que si en el ordinario posterior se variare el monto en más o menos, tendrá el propietario, en el primer caso, acción ejecutiva contra la empresa o contratista constructor por la diferencia SENTENCIADA en favor de aquél, y viceversa. Es esta sentencia, dictada en juicio ordinario, la que da lugar al recurso de casación, por ser dictada en juicio que adquirió tal carácter merced a la contradicción del avalúo. El presente juicio no ha asumido aún tal carácter, y así lo anota también el Tribunal para negar la concesión del recurso. Este solo fundamento basta para que la Corte tampoco lo admita". (Auto, XLIII, Nos. 1911 y 1912, marzo 28 de 1936) ..... 741, 2ª, y 742, 1ª

RECURSO DE CASACION

- 234 -

El recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia nacional, se encamina, en cada caso particular a estudiar y decidir si la ley sustantiva ha sido o no violada por la sentencia de un Tribunal; la sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso, y es defendiendo la ley, como la Corte casa o no infirma la sentencia. La enmienda de los agravios inferidos a las partes por un fallo del Tribunal, concepto meramente particular y privado, ya no es fin principal del recurso de casación, sino únicamente la defensa de la ley, concepto general que aprovecha no sólo a las partes en un juicio, sino a la misma comunidad. Ese es a juicio de la Corte, el alcance del artículo 519 del C. J. al modificar el artículo 149 de la ley 40 de 1907, más amplio que el que hoy rige sobre el particular, puesto que consa-

Págs. Ptas.

graba dos finalidades en el recurso de casación, uniformar la jurisprudencia y enmendar los agravios inferidos a las partes, al paso que hoy no está consagrada, sino una sola finalidad, uniformar la jurisprudencia, aunque es obvio que consecuencialmente se enmienda el agravio inferido a las partes. (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, junio 1º de 1936) 711, 2ª, y 712, 1ª

RECURSO DE CASACION

- 235 -

"El pensamiento fundamental que inspiró en Francia —de donde nosotros la tomamos— el establecimiento del recurso de casación fue el de crear un organismo de vigilancia estricta y severa del mecanismo judicial en la aplicación de las leyes. 'Se establecerá —dijo el artículo 1º de la ley de noviembre de 1790— un Tribunal de Casación CERCA DEL CUERPO LEGISLATIVO, con lo cual se puso de manifiesto que la Corte de Casación no formó, en el pensamiento que inspiró su creación, parte del poder judicial, sino que ocupó un lugar separado y más alto que fue en cierto modo una emanación o prolongación del poder legislativo, que le delegó funciones y atribuciones para el efecto de vigilar, inspeccionar y fiscalizar el poder judicial en la aplicación de la ley. 'Cree el Comité —decía por esa época Le Chapellier al explicar el pensamiento del Comité de Constitución, en cuyo nombre se presentaba el proyecto— que la casación de las sentencias contrarias a la ley no es un derecho del poder ejecutivo, al cual corresponde sólo castigar al juez, sino que debe atribuirse a un tribunal de casación que, situado entre los tribunales y la ley, quede encargado de la vigilancia completa de la aplicación de ésta. Este derecho de vigilancia debe conferirlo el cuerpo legislativo, porque a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia, de tal suerte que, si esto fuera posible, lo verdaderamente ajustado a los principios sería que las sentencias contrarias a la ley se casaran por el legislador'. Dentro de ese orden de ideas se le atribuyó al Tribunal de Casación, como función esencial, la de anular 'toda sentencia que contuviese UNA violación expresa del texto de la ley'. Y para que la institución correspondiera exactamente a ese origen que tuvo y a ese pensamiento cardinal que inspiró su creación, se le prohibió, de manera expresa, 'conocer del fondo del asunto'. Lo único que el Tribunal de Casación debía estudiar era la conformidad de la sentencia con la ley. La infracción flagrante de ésta, pero sólo esa infracción flagrante, podía llegar a determinar la casación del fallo porque el recurso, según lo que acaba de explicarse, fue una defensa del legislador contra el Poder Judicial y no hubo un nuevo organismo judicial ante el cual pudiera provocarse el debate de las instancias. Ese Tribunal de Casación así establecido debía estudiar la SENTENCIA de instancia, y no el juicio. Era aquélla la que iba ante él como ACUSADA por infracción de la ley, y no sobre el conflicto de intereses y debatido en el pleito, sobre lo que debía recaer el fallo de casación. Hoy mismo, a la Corte de Casación francesa no se lleva el expediente del juicio sino que se presenta, con el POURVOI, una simple copia de la sentencia acusada, porque es ésta exclusivamente la que la Corte debe estudiar. Y cuando la Corte de Casación infirma el fallo de la Corte de Apelación, no procede a dictar la sentencia que debe reemplazarlo sino que remite el asunto a otra Corte de Apelación para que sea ésta la que dicte la nueva sentencia de instancia. La misión de la Corte de Casación se ha ido 'ampliando poco a poco, tanto por su propia práctica, como bajo la influencia paralela de un movimiento legislativo que apoyó indirectamente y acentuó todos sus progresos, hasta conferirle casi la dirección suprema de toda la interpretación jurídica', según explica Gény, quien sostiene que su control puede llegar a establecerse no sólo con respecto a la ley escrita sino también con relación a las demás fuentes de derecho así como a la labor de la libre investigación científ-

Págs. Págs.

fica, pero esa ampliación de las funciones de la Corte no se ha extendido ni ha tratado de extenderse al examen de los hechos. Continúa aplicándose sin alteración el principio consignado por el legislador francés de 1790: 'Bajo ningún pretexto y en ningún caso el Tribunal de Casación podrá conocer del fondo de los asuntos....' Es decir, que la misión de la Corte de Casación no ha llegado en forma alguna a degenerar en un nuevo grado de jurisdicción. Sigue limitada a cuidar del respeto a las reglas jurídicas, pues como lo anota el mismo Gény, 'el sistema primitivo subsiste enteramente y no debe sufrir ninguna alteración en tanto que ponga al abrigo de la apreciación reguladora los hechos soberanamente constatados por los jueces de última instancia'. Sobre bases análogas a las antes explicadas se organizó la casación italiana 'para mantener la exacta observancia de la ley según reza la ley de organización judicial de 6 de diciembre de 1865.' La Corte cumple esa misión, explica Chiovenda, 'al revisar el JUICIO DE DERECHO contenido en la sentencia de los magistrados, esto es, el juicio sobre la existencia o inexistencia de una norma abstracta de la ley y sobre su aplicabilidad o no aplicabilidad a cada caso concreto'. El motivo fundamental del recurso en la legislación italiana es el de haberse violado la ley o haberse hecho una falsa aplicación de ella. Al lado de ese motivo se enumeran otros relacionados con los errores IN PROCEDENDO, completamente ajenos todos a la cuestión de apreciación de los hechos. 'En el artículo 517 del Código de Procedimiento Civil italiano, comenta el mismo expositor, VIOLACION DE LA LEY significa error en el juicio de derecho, esto es, negación o mal entendimiento, de una norma abstracta de la ley existente. LA FALSA APLICACION es una forma de violación de la ley que se da ordinariamente cuando, aun entendiendo rectamente una norma en sí misma, se hace aplicación de ella a un hecho no regulado por ella, o se aplica de una manera de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley....' Todo lo anterior es procedente para explicar el sistema colombiano de casación, que se basa en el mismo principio fundamental de la casación francesa, a saber: es la infracción de la ley lo único que en realidad puede determinar la infirmación del fallo acusado, fuera de los ERRORES IN PROCEDENDO. En realidad la primera causal de casación establecida por el legislador colombiano es la misma consagrada tanto en la ley francesa como en la ley italiana: violación de la ley. En esa violación de la ley ha podido incurrir el fallador de tres maneras: a) por infracción directa; b) por errónea interpretación; c) por aplicación indebida. Pero la aplicación indebida, en el sistema colombiano, por expresa disposición legal, puede realizarse en una de estas tres formas: PRIMERA. Cuando —entendida rectamente una norma en sí misma y sin que medien errores de hecho o de derecho— se hace aplicación de la regla jurídica a un hecho probado pero no regulado por ella o cuando se aplica dicha regla a ese hecho probado en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley; SEGUNDA. Cuando se da como probado un hecho alegado como básico pero que manifiestamente no ha ocurrido, o viceversa, y sobre esa base se aplica la respectiva disposición legal —desde luego de una manera indebida— a un hecho, INEXISTENTE, o se deja de aplicar a un hecho EXISTENTE. TERCERA. Cuando la indebida aplicación proviene de que a una prueba se le ha dado un mérito distinto del que expresamente le atribuye la ley o se le ha dado el mismo que ella le ha fijado, pero fuera de las condiciones o sin los requisitos que la misma ley exige para que se la estime así. En el segundo de los aludidos casos no es la mala o errada apreciación que el juez de la causa haya hecho de las pruebas lo que puede fundar la casación. No basta, para que haya lugar a ésta, que se acredite una errónea, mala, imperfecta o poco técnica apreciación de las pruebas, ni es suficiente que tal apreciación sea

Págs.

o pueda ser distinta o contraria a la que la Corte hubiera hecho en el supuesto de haber fallado en instancia. Es menester algo más para que el recurso proceda. Es necesario que esa mala apreciación de prueba haya llegado a dar por resultado un verdadero, evidente o manifiesto error de hecho que a su turno implique una infracción de la regla jurídica, por haber sido ésta indebidamente aplicada a un hecho inexistente o no aplicada a un hecho existente. De tal manera que en el caso que se estudia lo que en realidad puede determinar la infirmación del fallo es la violación de la ley producida por la aplicación de ésta sobre la base de un error manifiesto de hecho si es que a éste se ha llegado como consecuencia de la errada apreciación de la prueba. 'En toda disposición legal —dijo en admirable síntesis el jurisconsulto colombiano Julián Restrepo Hernández— encontramos dos cosas, dos elementos infaliblemente: el elemento material y el elemento formal. El primero, el material, no depende de la ley; ella lo encuentra, lo toma y lo gobierna. Ese elemento material es el hecho previsto en la ley, la hipótesis, base de sus disposiciones, el caso de la ley, como dicen los prácticos. El otro elemento, el formal, el jurídico, es la conclusión jurídica del hecho que la ley saca del hecho, es la verdadera disposición legal que consagra derechos e impone obligaciones; es el efecto legal y jurídico del hecho'. Lo dicho por el doctor Restrepo Hernández sirve para explicar que el legislador colombiano haya partido de la base de que a la violación de la ley puede llegarse no sólo cuando se le da al hecho probado un efecto legal y jurídico distinto del atribuido a él por el elemento formal de la disposición legal, sino también cuando, por un error manifiesto se ha aplicado el elemento formal de la disposición sobre el supuesto de que ocurrió un hecho que en realidad no ocurrió o de que no aconteció uno que manifiestamente sí aconteció. Eso mismo hace ver claramente que el error de hecho supone que la cuestión de hecho no es dudosa. 'Para que haya error evidente de hecho— ha dicho la Corte— es indispensable que la cuestión de hecho no sea dudosa'. Sólo cuando no hay lugar a dudas o vacilaciones serias en cuanto a la existencia u ocurrencia de determinado hecho, y a pesar de ello el Tribunal ha partido de una base contraria a esa realidad, puede llegar la Corte a casar la sentencia acusada porque sólo entonces puede hablarse de una violación de la ley producida por una aplicación de ésta sobre la base de un error manifiesto de hecho resultante de la errónea apreciación de la prueba. Pero cuando ésta —la mala apreciación de la prueba— no ha dado por resultado un error manifiesto de hecho que a su turno implique la violación de la ley, no puede la Corte entrar a rectificar y enmendar tal apreciación. En el caso de error de derecho hay una contravención a la ley que establece y valora la prueba respectiva y puesto que el error de derecho condujo a dar ilegalmente como probado un hecho que no lo estaba, o viceversa, y consecuencialmente a aplicar la disposición sobre una base falsa. En síntesis: la causal de casación es siempre e invariablemente la violación de la ley sustantiva en el caso del inciso primero del artículo 520 del C. J., y nunca la errónea apreciación de la prueba por sí misma. Esta errónea apreciación no tiene importancia en casación sino cuando como resultado de ella se ha incurrido en un error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que envuelva una contravención a la ley, por indebida aplicación, o en un error de derecho que implique la indebida aplicación. Y el error manifiesto no se concibe sino cuando la cuestión de hecho no ofrece dudas, y, no obstante eso, el fallador ha partido de la base de que ocurrió lo que manifiesta e indudablemente, no ocurrió o viceversa. Pero además es necesario en todos los casos que la infracción legal haya tenido una efectiva incidencia sobre la parte resolutiva del fallo. Si dicha parte resolutiva encuentra en la parte motiva fundamentos suficientes distintos e independientes de aquel o aquellos que

Págs.

justifican la acusación, tampoco hay lugar a la casación, porque entonces no ha habido violación de la ley sino razonamientos infundados pero inconducentes sin los cuales se habría llegado al mismo resultado". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 4 de 1936) ..... 796, 2ª, 797, 1ª y 2ª, y 798, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION

- 236

Se intentó recurso de casación contra el auto de un Tribunal que negó la división material de un terreno que había sido demandada.

"El ordinal 2º del artículo 519 del Código Judicial, abre la vía del recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, entre otras, que no son pertinentes, a las siguientes que sí lo son: las pronunciadas en juicios ordinarios o que asuman este carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes. Se ha demostrado que no cambia la naturaleza de auto interlocutorio dada por el artículo 1141 del Código Judicial a la providencia que en este pleito dictó el Tribunal, por el hecho de haber sido ella culminación de un procedimiento ilegal, y que el juicio de división de bienes comunes nunca asume el carácter de juicio ordinario bajo el imperio de la Ley 105 de 1931. Por lo tanto la providencia acusada carece de las características procesales necesarias para poder ser considerada en casación". (Auto, XLIII, números 1907 y 1908, octubre 22 de 1935) .....

RECURSO DE CASACION

- 237 -

Se interpuso recurso de casación contra un fallo que ordenó la venta en pública subasta de una finca hipotecada. Como se negase el recurso y recurriese de hecho el demandado, dijo la Corte:

Págs.

"De acuerdo con el numeral 1º del artículo 519, están sujetas al recurso de casación las sentencias pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman tal carácter, y las resoluciones que declaran infundada una oposición en el juicio de venta no están comprendidas dentro de ese numeral entre otras razones, porque tales sentencias pueden ser revisadas en juicio ordinario". (Auto, XLIII, números 1907 y 1908, junio 15 de 1936) 351, 1º

RECURSO DE CASACION

- 238 -

El auto de un Tribunal que confirma el del Juzgado por el cual se niega la venta en pública subasta de una casa para repartir su producto entre los copartícipes, en razón de que el inmueble sí admite cómoda división material, no es susceptible del recurso de casación. (Auto, XLIII, números 1911 y 1912, junio 24 de 1936). ..... 771, 1ª y 2ª

RECURSO DE CASACION CONTRA LAS SENTENCIAS DE GRADUACION DE CREDITOS

- 239 -

Un Juzgado había proferido sentencia de prelación de créditos en un juicio ejecutivo al cual se acumuló, en forma de tercería, la demanda de un tercero. El Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado y contra aquélla recurrió en casación el mandatario de los ejecutados, pero como se le negase el recurso, en el de hecho dijo la Corte: 375, 2ª

"La prelación de créditos se decide, siempre que haya lugar a ello, tanto al finalizar el incidente de tercería en un juicio ejecutivo (artículo 1087, ibídem) como en las causas de cesión de bienes o de concurso de acreedores. Pero de estos tres casos, únicamente se considera como dic-

Págs.

tado en juicio ordinario, el fallo a que se refiere el artículo 1081 del C. Judicial. El ordinal 2º del artículo 519, ibídem, no abre la vía de la casación sino a las sentencias de prelación de créditos que en segunda instancia dicten los Tribunales Superiores en los juicios sobre cesión de bienes o de concurso de acreedores." (Auto, Sala de Casación en lo Civil, XLIII, números 1911 y 1912, abril 18 de 1936). 750, 2ª

RECURSO DE CASACION DE LA SENTENCIA QUE DECRETA O NIEGA LA OPOSICION A UN JUICIO DIVISORIO DE BIENES COMUNES

- 246 -

Como se hubiese pedido la división material de un predio y se hubiesen opuesto a la división los demandados, el Juzgado, de acuerdo con el artículo 1297 del Código Judicial, vigente entonces, ordenó que se siguiera un juicio ordinario por todos sus trámites, el cual terminó decretando la división pedida. Apelada esa sentencia el Tribunal de Cali aplicó el nuevo Código Judicial, según la tramitación del parágrafo 2º del Capítulo II del Título XIII del Libro 2º, y falló revocando la decisión del inferior, es decir, negando la división material demandada. Se intentó recurso de casación contra la decisión del Tribunal y la Corte dijo:

"..... Según el artículo 734 del Código Judicial, el procedimiento ordinario 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. El actual pleito se inició por la vía que el Código Judicial derogado tenía establecida para la división material de bienes comunes. La tramitación de juicio ordinario, que en cierto estado del proceso se siguió dando a éste, no significa que el acto jurisdiccional que decidió la oposición tenga la fuerza que expresamente le daba el artículo 1297 del código anterior, porque, a causa de todas las razones expuestas, los efectos, la forma y la autoridad legal de la providencia que puso término a la oposición, se regula por el artículo 1141 del Código Judicial actual, que era el vigente el día que se profirió. Consecuencialmente es también la ley vigente el día que la sentencia se pronunció, o sea, en este caso, la Ley 105 de 1931, la competente para definir los recursos de que el fallo es susceptible, en virtud de que la admisibilidad de un recurso constituye una verdadera calidad inherente a la sentencia misma. El ordinal 2º del artículo 519 del Código Judicial abre la vía del recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia, entre otras, que no son perjeniales, a las siguientes que sí lo son: las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman ese carácter; las que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes. Se ha demostrado que no cambia la naturaleza de auto interlocutorio dada por el artículo 1141 del Código Judicial a la providencia que en este pleito dictó el Tribunal, por el hecho de haber sido ella culminación de un procedimiento ilegal, y que el juicio de división de bienes comunes nunca asume el carácter de juicio ordinario bajo el imperio de la ley 105 de 1931. Por lo tanto la providencia acusada carece de las características procesales necesarias para poder ser considerada en casación". Salvó su voto el Magistrado doctor Eduardo Zuleta Angel, diciendo, en síntesis: "Es así que el presente juicio, con anuencia de las partes, se siguió por todos los trámites de la vía ordinaria, luego la sentencia de segunda instancia que en él se dictó es de esas a que se refiere el expresado artículo 519, cuando dice: 'las pronunciadas en los juicios ordinarios o que asuman este carácter', y en consecuencia es obvio que puede ser acusada por medio del recurso de casación". (Sentencia, XLIII, Nos. 1909 y 1910, octubre 22 de 1935) ..... 628, 1ª y 2ª, y 629, 1ª

Págs.

RECURSO DE CASACION EN LO CRIMINAL

- 241 -

El Fiscal de un Tribunal había interpuesto recurso de casación, pero el Procurador no lo apoyó en cierto punto.

"Cuando el Ministerio Público es recurrente y el señor Procurador General de la Nación, lejos de fundar y apoyar el recurso, lo impugna, ello equivale a un desistimiento, o debe tener los efectos de tal". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, abril 3 de 1936) 206, 1ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA CRIMINAL

- 242 -

El condenado a la pena de cinco años de presidio por delitos contra la hacienda pública había interpuesto recurso de casación. El apoderado del recurrente invocaba varios casos en que la Corte había concedido el recurso contra sentencias que señalan tres años de presidio.

"Concretamente la Corte asentó dicha jurisprudencia en años pasados. Pero en reciente fallo de 27 de marzo del corriente año, GACETA JUDICIAL, Nos. 1901 y 1902, la actual Sala, con el debido acatamiento a la opinión de los anteriores Magistrados, varió la jurisprudencia y expuso una nueva doctrina que se puede sintetizar así: La casación requiere un límite o cuantía en los asuntos que deban ser materia de ella. 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 texto 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". (Auto, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, números 1911 y 1912, septiembre 10 de 1936) (1) 841, 2ª

REFORMA DEL TESTAMENTO Y DE LA PARTICION

- 243 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título ACCION DE REFORMA DEL TESTAMENTO.

REGISTRO

- 244 -

Francisco Becerra adquirió durante la sociedad conyugal con Gabriela Mosquera una finca raíz que vendió a Francisca Rueda estando aún vigente esa sociedad. Muerto Becerra se siguió el juicio de sucesión de éste, en el cual se adjudicó la finca vendida a la Rueda a la cónyuge sobreviviente y al hijo legítimo, Belisario Becerra Mosquera. Estos siguieron juicio de nulidad de la venta hecha por Francisco Becerra a Francisca Rueda y ganaron el pleito. Muertos Gabriela Mosquera y Belisario Becerra Mosquera fue declarado heredero de éstos, por derecho personal y de trasmisión, Alejandro G. López, el cual demandó a los sucesores de Francisca Rueda en juicio de reivindicación de la finca comprada por ésta. El Tribunal negó la acción instaurada porque estimó que no se demostró que la sucesión de Belisario Becerra Mosquera fuese dueña de los terrenos que habían sido objeto de la reivindicación; porque las hijuelas expedidas a favor de éste en la sucesión de Francisco Becerra fueron registradas en el libro número 1º, pero no en el de causas mortuorias; porque la sentencia aprobatoria de la par-

(1) Concordancias: véanse las doctrinas que contienen los números 30 y 147 del INDICE Y JURISPRUDENCIA del Tomo XLII de la GACETA JUDICIAL número 1903.

Págs.

tición de los bienes que dejó a su muerte Francisco Becerra, aunque registrada en el libro de causas mortuorias, debió ser registrada con la partición misma en dicho libro y no lo fue, y, finalmente, porque la sentencia que declaró la nulidad de la venta que Francisco Becerra le hizo a Francisca Rueda, si bien registrada en el libro de sentencias definitivas, no lo fue en el libro No. 1º, y lo registrado fue una copia de dicha sentencia y no la sentencia original. Recurrió en casación el actor acusando el fallo, dentro de la primera causal, por violación de los artículos 2641, 2652, 2653, 2661 y 2662 del Código Civil. Dijo la Corte:

"En la interpretación de los preceptos legales que el recurrente cita como infringidos, la doctrina de la Corte ha sido uniforme y constante, pero para apreciarla así es necesario cerciorarse de los casos concretos sobre que ha recaído cada decisión y también de la manera como las demandas en casación han planteado la respectiva cuestión ante la Corte: tomar aisladamente los razonamientos con que ésta responde es presentar la doctrina en forma incompleta que no traduce su verdadero pensamiento y exponerla a confrontaciones contradictorias, según el interés de cada parte en alegar el sentido de las doctrinas, como sucede en este caso, y en el que trae la sentencia de 25 de junio de 1931 (G. J., número 1880, páginas 151 y siguientes). En materia de registro de los actos o títulos que tengan origen en un juicio de sucesión, son uniformes las decisiones de la Corte, y pueden consultarse las de fechas: 1890 (G. J., gág. 130, año V); diciembre 15, 1923 (tomo XXX, páginas 253 y 254 de la G. J.), 12 de julio de 1920 (G. J., No. 1449); 13 de diciembre de 1930 (G. J., número 1874); 26 de junio de 1931 (G. J., Nº 1880, páginas 152 y 153); y 19 de agosto de 1932 (G. J., Nº 1889, páginas 457 y 458). En vista de los artículos 2652, ordinal 6º, 2654, 2661, 2662 y del tercer aparte del artículo 38 de la ley 57 de 1887, y de las doctrinas ya citadas, puede afirmarse: Están sujetas al registro las sentencias o aprobaciones judiciales de la partición de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, según el ordinal 6º del artículo 2652 del C. C.; y el registro de dicha sentencia, aprobación o decisión judicial se conformará a lo dispuesto en los artículos 2659 y 2661 del mismo Código, y se debe hacer en el libro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la ley 57 de 1887. Al tenor de estos preceptos no puede concluírse que la sentencia judicial que aprueba el trabajo de partición incluya en sí o reproduzca el trabajo mismo de partición, pues se acostumbra por los jueces, porque la ley no exige otra cosa, referirse apenas en dicha sentencia a la partición que se aprueba, pero no reproducirla en el texto de la sentencia. Y como en el registro la designación de la cosa se hace según aparezca en el título o documento, que es lo que manda el ordinal 3º del artículo 2659, y la 'cosa' no se designa en la sentencia aprobatoria de la partición por su situación y linderos sino que, cuanto a éstos, apenas hay una diferencia a los que trae el trabajo mismo de partición, es claro que al registrarse la sentencia, acto o decisión judicial que aprueba el trabajo de partición, no quedan registradas las cosas mismas partidas por su situación y linderos, a menos que en la sentencia se haya hecho la reproducción total de la partición que se aprueba, procedimiento que, ni lo exige la ley, ni se acostumbra, como ya se ha observado, caso este último en que habría que estudiar si el registro de la partición incorporada sería o no eficaz. El trabajo de la partición misma, presentado por el partidor o partidores y que incluye en su contexto las respectivas hijuelas formadas a cada adjudicatario, requiere registro especial, distinto al de la sentencia que después lo aprueba, porque son piezas diferentes que después se cumplen cada cual en su momento y con fines propios; el registro o inscripción del acto mismo de partición está ordenado por los artículos 2654 y 2662 del C. C.; y el de la sentencia judicial que lo aprueba, por los artículos 2652, ordinal 6º, y 2661 del

Págs.

C. C. Para que la partición misma y la sentencia que la aprueba, ambas registradas, surtan efectos de servir de título traslaticio de dominio del de cujus a sus herederos sobre las cosas mismas que en la división les cupieron, y declarativo entre los copartícipes, deberán haberlo sido en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener su origen ambas piezas en un juicio de sucesión. Esos fines y esa tradición no se cumplen respecto de los bienes comprendidos en cada cartilla de adjudicación si la partición misma no ha sido registrada y, al contrario, se cumplen si lo ha sido, porque según el artículo 2662, la partición que se registra comprende, entre otras cosas, las hijuelas respectivas, de manera que registrada la partición en el libro de causas mortuorias, quedan registradas las hijuelas, fenómeno que no se cumple si la registrada fue la mera sentencia aprobatoria y no la partición, porque el registro de dicha sentencia no incluye el de las hijuelas. Para que el registro de la partición sea suficiente para la hijuela, es necesario que el bien o bienes comprendidos en la hijuela se hallen ubicados dentro del mismo círculo de registro en que se inscribió la partición, para que le aproveche, pues si los bienes de la hijuela o alguno de ellos están situados en circuitos distintos a aquel en que la partición fue registrada, entonces la hijuela deberá serlo en cada una de las oficinas del circuito a que respectivamente correspondan los inmuebles, para que se cumplan los fines de la institución del registro, y por disposición de los artículos 2653 y 2654 del C. C. En este último caso, es decir, cuando la hijuela requiere un registro especial, por no aprovecharle la del trabajo de partición debido a que el bien o bienes comprendidos en la hijuela están situados en diferentes circuitos de registro, el de la hijuela debe hacerse en el libro de registro de causas mortuorias, según el artículo 38 de la ley 57 de 1887, por tener su origen en un juicio de sucesión, y no en el número primero ni en el número segundo,

Págs.

porque después de la vigencia de la citada ley de 1887 el libro de causas mortuorias sustituyó a estos últimos cuando el acto o título tenga origen en un juicio de esa naturaleza. Cuando la Corte en alguna de las decisiones ya citadas admitió como título válido una hijuela registrada en el libro número primero, no lo fue por razón de la inscripción en ese libro, sino porque además la partición lo estaba en el de causas mortuorias y el bien a que la hijuela se refería estaba ubicado dentro del mismo circuito en que se registró válidamente la partición, de modo que el registro de ésta le aprovechaba a aquélla. Precisamente la sentencia de casación de 12 de julio de 1920, que el recurrente transcribe en mínima parte, en un aparte dislocado, admitió como título una hijuela sin registro, pero por la circunstancia de que, según lo dice la sentencia en párrafo no citado por el recurrente, la Corte partía del supuesto de que en cambio la partición sí lo estaba y de que el registro de la partición comprendía el de la hijuela. Esa misma sentencia de 12 de julio de 1920, también fue incompletamente citada e invocada en el recurso de casación que dio lugar a la sentencia de 26 de julio de 1931, en donde la Corte hubo de restablecer su verdadero sentido haciendo todas las transcripciones pertinentes. Ahora bien, las hijuelas traídas al presente juicio, emanadas de la sucesión por causa de muerte de Francisco Becerra, a favor de Belisario Becerra Mosquera y de Gabriela Mosquera de Becerra, marcadas con el número veintisiete (27) y expedidas por el Notario de Sogamoso el 11 de noviembre de 1891, que corren a folios 17 a 25 del primer cuaderno, consta en el cuerpo de ellas que en la oficina de Registro de Sogamoso se inscribió la sentencia aprobatoria de la partición el 21 de julio de 1891 en el libro correspondiente, dice la nota de registro, libro que resultó ser, según se comprobó en inspección ocular practicada en este juicio por el Tribunal sentenciador, el de CAUSAS MORTUORIAS, y al pie de cada hijuela hay una nota de inscripción en que el

Págs.

Registrador de Pasca dice que el 22 de diciembre de 1914 quedó inscrita la hijuela en el Libro de Registro número primero. Por su parte, el Tribunal en la misma inspección ocular indagó especialmente si además de la sentencia aprobatoria había sido registrada también la partición misma y constató que no lo había sido. Es decir, en resumen, que en el de Causas Mortuorias se registró la sentencia aprobatoria, y en el número primero las hijuelas veintitrés años después, pero la partición misma, que es la que comprende las hijuelas, según el artículo 2662, no fue registrada en ningún libro. El Tribunal apreció, pues, muy bien la nota de registro como prueba de la inscripción únicamente de la sentencia aprobatoria, e hizo muy bien en considerar que la partición misma también ha debido ser registrada, pues, como queda dicho, el ordinal 6º del artículo 2652 y el artículo 2651 exigen el registro de la sentencia, y los artículos 2654 y 2662 exigen el de la partición; hizo muy bien al considerar que el registro de la mera sentencia no incluye el de las hijuelas, porque es el de la partición el que las comprende, según el 2662; y, finalmente, hizo muy bien el Tribunal en no aceptar como bien hecho el registro separado de las hijuelas, en el Libro número primero, porque también estas piezas deben serlo, según el artículo 38 de la ley 57 de 1887, en el de Causas Mortuorias, a menos que hubiera estado registrada la partición misma, porque entonces las comprendía y hubiera estado de sobra el registro de las hijuelas. El de éstas, y eso en el de Causas Mortuorias, no es necesario sino cuando ellas versan sobre bienes ubicados en otro círculo de registro distinto de aquel en que se protocolizó el trabajo de partición. No es pues aceptable la tesis del recurrente de que la partición misma no necesitaba registro, y que basta el de la sentencia que la aprueba, ni tampoco que las hijuelas pueden registrarse válidamente en el Libro número primero. Ni el Tribunal violó los artículos ya citados, pues los aplicó debidamente. El recurso, en cuanto a este primer motivo, es infundado". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 8 de 1935)..... 169, 2º, 170, 1º y 2º, y 171, 1º y 2º

Págs.

REGISTRO DE LA DEMANDA

- 245 -

En su carácter de heredero legítimo de Miguel Bonilla González se presentó Alejandro Bonilla Salazar ante el juez correspondiente pidiendo que se declarase nula la diligencia de registro de la escritura de venta de una finca raíz vendida por su padre a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá, la nulidad del registro de la escritura de venta de la Comunidad a favor de Carmen Forero de Bonilla de parte de ese inmueble y la declaración de pertenecer el dominio de tales bienes a la sucesión de su padre. Contrademandó la Comunidad demandada para que se declarase que habiendo muerto Miguel Bonilla González sin hacer la tradición legal de la finca vendida se declarase esa obligación a favor de su heredero demandante. El Tribunal falló el pleito a favor de la Comunidad demandada porque estimó que habiéndose registrado la escritura de venta después de la notificación de la demanda, tal registro le dio firmeza jurídica al contrato de venta. Recurrió en casación el actor acusando el fallo por violación de varias disposiciones sustantivas. Dijo la Corte:

"Considera la Corte: 1º Que la licitud de la enajenación de las cosas cuya propiedad se litiga, sin permiso del juez que conoce en el litigio, establecida por el ordinal 4º del artículo 1521 del C. C., posteriormente aclarado y restringido por los artículos 42 de la ley 57 de 1887 y 42 de la 95 de 1890, tiene por fin evitar que el demandado saque de su patrimonio el dominio de tales especies y que ellas se sustraigan a la reclamación o persecución del demandante. 2º Que el registro de la demanda que ordena hacer el Juez que conoce en el litigio determina

Págs.

para el Registrador de instrumentos públicos y privados la prohibición de inscribir cualquier título de enajenación hecha por la parte demandada; y respecto de ella, y de los que contraten con ella, se ha de considerar la especie en litigio (artículo 42, ley 95 de 1890). 3º Que habiéndose fijado ya la posición jurídica de las partes con la notificación de la demanda, después de la cual se ordena su inscripción en la oficina de registro, es de mayor evidencia la prohibición de registrar un título de enajenación a favor del demandado, por cuya falta de registro precisamente litigan las partes, no sólo por razón de la ilicitud de la tradición sino por la perturbación de las relaciones procesales entre los litigantes. 4º Que en el presente juicio el Tribunal sentenciador tomó como válido el registro verificado después de la inscripción de la demanda, de un título cuya eficacia legal por falta de registro, o por un registro sin firma, era la cuestión planteada por el demandante en su libelo, con lo cual se consumó la tradición del dominio de un bien raíz a favor del demandado (artículo 756 del C. C.), no obstante ser un motivo de impugnación del demandante y razón de la súplica de la contrademanda; hay que concluir que el Tribunal desconoció el alcance legal del ordinal 4º del artículo 1521 del C. C. y lo violó por consiguiente. 5º Que además, habiéndose pedido en la contrademanda que se obligue al actor a efectuar el registro del título, por ser dicho actor heredero del vendedor que murió antes del registro, y corresponderle a los herederos cumplir la obligación de hacer la tradición de la cosa vendida que no alcanzó a cumplir o no pudo cumplir el vendedor según los arts. 1880 y 1882 del C. C. y habiendo excepcionado el contrademandado que a esa obligación le oponía la excepción perentoria de ser nulo por simulación el contrato cuyo registro se solicitaba de él, en presencia de estas opuestas pretensiones el Tribunal sentenciador concluyó que no ordenaba el registro por ser inútil, como que ya estaba hecho después de trabado el pleito, y al mismo tiempo se niega a considerar la excepción de nulidad del contrato por simulación, invocando falta de registro del título impugnado, con lo cual niega injustamente a una de las partes la misma situación jurídica que le reconoce a la otra y viola el principio de igualdad entre las mismas partes; se concluye también que por este motivo, alegado por el recurrente en casación, hay que infirmar el fallo y proceder a dictar la sentencia de instancia". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, diciembre 18 de 1935) ..... 529, 1ª y 2ª

Págs.

REGISTRO DEL EXTRACTO SOCIAL

- 246 -

Véase ampliamente tratado el punto bajo el título: SOCIEDAD.

REGISTRO DE HIJUELAS, DE LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION Y DE LA PARTICION MISMA

- 247 -

Véase: REGISTRO. (La doctrina que empieza: "Francisco Becerra adquirió durante la sociedad conyugal, etc.").

REGISTRO DE LA SENTENCIA

- 248 -

En un juicio de reivindicación se desestimó la copia de una sentencia proferida sobre nulidad de un contrato de venta, por no haberse registrado la sentencia original, sino una copia y porque la inscripción aparecía verificada en el libro de sentencias definitivas y no en el de registro número primero. Argüía el actor recurrente que los artículos 2652, 2657 y 2661 del Código Civil no dicen de manera expresa que las sentencias deban registrarse originales, aun cuando sea lo más conveniente, ni prohiben el registro de las copias de los fallos so pena de nulidad.

"La Corte considera: La redac-

Págs.

ción del artículo 2657 del C. C. es bastante clara en distinguir el modo de llevar a efecto el registro de un título o documento, tomando la palabra título en un sentido amplio, presentado al Registrador en copia auténtica, y la sentencia o decreto judicial en su caso, presentado el original y no la copia. En efecto, el texto de dicho artículo es el siguiente: 'Para llevar a efecto el registro, se exhibirá al Registrador copia auténtica del título o documento, y la sentencia o decreto judicial en su caso'. Parece que el legislador que en forma tan estricta estableció la institución del registro y que tan severamente sanciona sus transgresiones, quiso prevenir las posibles adulteraciones a que se prestaría la intervención de terceros y aun de interesados que obtuvieran copias de las sentencias o decretos judiciales para llevarlos ellos mismos al Registrador, y quiso dar mayor seguridad a las otras partes y a terceros haciendo que el registro recaiga directamente sobre la sentencia y el expediente original, y no sobre copias de ella, que podían ser copias de copia si el secretario la expide, por ejemplo, del libro copiador de sentencias que se lleva en los Juzgados. Quizá por esta razón la doctrina ha prevalecido en ese sentido y lo cierto es que ella está sólidamente fundada en el texto del artículo 2657 del Código citado. No ha sido pues violado el artículo 2657, ni por consiguiente lo han sido tampoco el numeral 2º del 2652, ni el 2661 del C. C., porque estos no dan pie para dudar de que si lo que debe registrarse es el original o la copia de la sentencia, y la duda planteada por el recurrente se soluciona no más con el artículo 2657. En cuanto a la violación de los artículos 473 del C. J. vigente y 831 del anterior, no es aceptable que se piense siquiera que pudieron ser violados, porque no ocurre en el juicio, ni juega papel ninguno en la sentencia, el fenómeno de la cosa juzgada. Todavía es menos fundado el cargo consistente en que el registro en el libro denominado por el Registrador de Tunja "de sentencias definitivas", equivalga al de Registro número primero, ya por cambio de nombre, ya por ser una derivación, a otro tomo de este último libro. No es aceptable la explicación del recurrente, porque en materia de registro no pueden suponerse equivalencias ni variaciones en la nomenclatura de los libros, ni menos pueden hacerlo los registradores, aun con pretexto de mejorar en claridad y garantías el método implantado por la ley. La ineficacia probatoria de un instrumento que debiendo ser registrado no lo fue, o que debiendo haberlo sido en un determinado libro lo fue en otro, es una consecuencia perentoria establecida por el artículo 2673 del C. C., porque el registro no sólo debe hacerse en la respectiva oficina, sino 'conforme a lo dispuesto en este Código'. No se diga que los fines de la ley se cumplen con el solo hecho de que se haga la inscripción en cualquiera de los libros; porque si esos fines son, como dice el artículo 2637 del C. C., dar más publicidad, autenticidad y seguridad a los títulos registrados, ellos no se cumplen debidamente cuando la inscripción se hace en el libro que no corresponde, pues la división en libros establecida por la ley, tiene por objeto hacer más fácil y expedita la busca de los extractos o registros, de tal manera que conociendo la especie de documentos o títulos que debió registrarse, baste buscar en el libro o libros correspondientes y no en otros en que no tiene por qué estar registrado aquél. Tampoco, pues, es fundado este cargo". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 8 de 1935) (1) ..... 1332, 1º y 2º

REGISTRO DE LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION Y DE LA PARTICION MISMA

- 249 -

"Son cosas diferentes el registro de la sentencia aprobatoria de la partición y el registro de la parti-

(1) Concordancias: véanse las doctrinas expuestas en los números 2376 y 2379, tomo III, JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

Págs.

ción misma; son no sólo diferentes sino independientes esos dos actos. Por eso el legislador en el numeral 6º del artículo 2652 del C. C. se refiere a las sentencias o aprobaciones judiciales de la herencia, especialmente las que versaren sobre bienes inmuebles, y en los artículos 2654 y 2662 de la misma obra se refiere al trabajo de partición. Lo anterior es obvio: porque por regla general la sentencia aprobatoria de la partición, se refiere a ese trabajo, pero no lo inserta, de donde resulta que registrada la sentencia aprobatoria de la partición no pueden quedar cumplidas respecto de los bienes raíces, las exigencias del artículo 2659 ibidem, puesto que no quedan ni determinados ni alinderados los bienes a que se refiere y sobre los cuales ha versado la partición". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 30 de 1935) (1) 194, 1ª

REGISTRO Y SISTEMA COLOMBIANO DE REGISTRO

- 250 -

Véase lo que sobre este punto contiene la doctrina expuesta bajo el título Disolución de la sociedad conyugal y efectos de la disolución ante terceros de buena fe exentos de culpa, en cuanto a las ventas de inmuebles hechas por el marido

REIVINDICACION

- 251 -

Enrique Uribe Mayne, adquirente de un terreno urbanizado y destinado en una parte a plaza de ferias, demandó al Municipio de Bogotá en juicio ordinario de reivindicación. Como en varios pasos de su demanda dijera que el lote no había salido del dominio y posesión del actor, estimó el sentenciador que no era viable la acción reivindicatoria. Como recurriera el actor en casación, acusando el fallo de violación de los artículos 946, 947, 950 y 952 del Código Civil, dijo la Corte:

"La Corte estima que en presencia de declaraciones tan perentorias sobre una cuestión de hecho, consignadas por la parte misma en el libelo de demanda, en consonancia, además, con la declaración de la escritura de compraventa a favor del reivindicante, declaración de hecho que funda su intención y la acción propuesta, el juzgador no puede aceptar que la misma parte tome después, en la secuela del juicio, una posición jurídica contraria a la inicial, y que ese cambio venga a aprovecharle. Ante las confesiones de hechos que contenga la demanda, si en el curso del juicio se demuestra lo contrario, la parte no puede pretender que el juez funde en los últimos y no en aquellos, el sentido de su sentencia; porque entonces, o de los hechos invocados en la demanda nace el derecho solicitado, y no demostrándose ellos, o demostrándose los contrarios, lo que procede es absolver al demandado, o no nace el derecho de aquellos hechos, y por este respecto también procede la absolución. Si en acción reivindicatoria el demandante afirma que él es el poseedor y se da por tal, no puede pretender después que las pruebas se interpreten en el sentido de que el poseedor es el demandado, ni que la sentencia que absuelve por ese motivo, aplicando el artículo 946 del C. C., lo viola por interpretación errónea de las pruebas, porque iría contra la intención de la misma parte que, siendo poseedora, ejercitó la acción que, según ese artículo 946, tiende a que se le restituya al dueño la posesión de que carece. Dadas estas circunstancias, no es erróneo que el Tribunal haya reconocido que el Municipio no tiene la posesión de la plaza de ferias, cuando el mismo demandante así lo reconoce en forma expresa y básica del libelo, ni es aceptable el cargo en casación consistente en mala apreciación de pruebas, ni que se hayan violado los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C., que tienden a la restitución de la posesión que el mismo demandante afirma tener". (Casación, XLIII,

(1) Cita la Corte, en apoyo de su doctrina, la sentencia de la misma corporación de fecha 8 de octubre de 1935, publicada en este tomo de la GACETA JUDICIAL, Nos. 1905 y 1906, página 166 y siguientes.

Págs.

Nos. 1905 y 1906, septiembre 30 de 1935) 143, 2ª

REIVINDICACION

- 252 -

Al profezir la Corte sentencia de instancia en el juicio de reivindicación promovido por Anacleto Rengifo contra Sergio Orejuela, por haber casado la sentencia recurrida, dijo:

"a) A quien alega el dominio como base de reivindicación, le basta presentar títulos anteriores a la posesión del demandado, no contrarrestados por otros que demuestren igual o mejor derecho del poseedor no amparado por prescripción; b) La presunción de dominio establecida por el artículo 762 del Código Civil, desaparece en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste la posesión material, pues el poseedor queda entonces en el caso de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 27 de 1936) (1). 598, 2ª, y 599, 1ª

REIVINDICACION

- 253 -

El Municipio que perdió el pleito de reivindicación que había instaurado, alegaba en casación la violación de varios artículos del Código Civil por el Tribunal sentenciador.

"Lo que el Tribunal sostiene es que, habiendo demandado el Municipio para sí y no teniendo al demandar, ni habiendo por tanto, aducido ni podido aducir como fundamento de su demanda un título singular de Samanga en su favor, no se hallaba en el caso de instaurar para sí la acción reivindicatoria que instauró. Claramente sugiere el Tribunal la diferencia del caso, a respecto tan trascendental, si el demandado hubiese demandado para la herencia. Y, como en efecto, el mismo artículo 950, invocado por el recurrente, es el que requiere para reivindicar la calidad de propietario pleno, o nudo, absoluto o fiduciario de la cosa de cuya reivindicación se trata, y como el 946 también invocado por él, es al dueño de una cosa singular a quien atribuye o concede o reconoce esa acción, es evidente que, dentro de ese concepto, la violación apuntada por el recurrente no ocurrió. El Tribunal no ha dicho nada en contrario de estos conocidos y trajinados preceptos, sólo ha dicho que el Municipio no ha comprobado ser el dueño de la cosa singular cuya reivindicación demanda". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, noviembre 27 de 1935). 398, 2ª

REIVINDICACION

- 254 -

Aseveraba el demandado recurrente en juicio de reivindicación, que la sentencia adolecía de notoria falta de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, como que el libelo había considerado a los demandados como tenedores o comodatarios y no como poseedores, a causa de lo cual el Tribunal había fallado en más de lo pedido.

"A causa de lo dispuesto en el artículo 971 del Código Civil, la acción de reivindicación contra el poseedor se confunde con la acción del dueño para que se le restituya por el tenedor que retiene indebidamente la cosa, sin ánimo de señor o reconociendo dominio ajeno. De donde se infiere que habría cambio de acción en el sentido de que los hechos alegados por el demandante no correspondieran a la verdadera naturaleza jurídica del estado de los demandados en relación con la cosa; pero no así en el sentido de que el Código Civil conceda una acción distinta al dueño cuando, en juicio ordinario, reclama la cosa contra el poseedor". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, octubre 2 de 1935) 164, 1ª

REIVINDICACION

- 255 -

Había demandado Jorge Posada Muñoz la declaración de dominio de

(1) Concordancia: Véanse las doctrinas expuestas en los números 2168, tomo 2o. Jurisprudencia de la Corte, y 3359, tomo 3o.

Págs.

una finca contra Abraham Guzmán y el Tribunal sentenciador había exigido una cadena de títulos para poder considerar al actor como dueño. En casación que éste intentó dijo la Corte:

"Para fundar su primer cargo, el recurrente — además de citar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia contenida en el fallo por el que se casó la sentencia de segunda instancia dictada en el juicio de Anacleto Rangifo contra Sergio Orejuela, conforme a la cual, en un juicio reivindicatorio, 'al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del rec' — expuso lo siguiente: 'Incurrió el sentenciador en error de derecho al no apreciar como título suficiente del reivindicador la escritura número ....., por las siguientes razones: a) Porque esa escritura, que contiene un acto legal de partición extrajudicial verificada por todos los comuneros de una cosa singular, da testimonio de que en el año de 1907 le fue adjudicado a mi mandante un globo de tierra constante de 1,879 hectáreas con 1,310 metros cuadrados, globo de terreno que se conoce con el nombre de El Cairo y que linda por el occidente y el norte con el río Saldaña. b) Porque la referida partición aparece debidamente registrada en la oficina respectiva de la situación del inmueble a que se refiere la adjudicación; c) Porque los actos legales de partición constituyen títulos traslaticios de dominio, al tenor del artículo 765 del Código Civil, inciso 4º; d) Porque la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por medio de la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de la situación de los mismos, según lo preceptúa el artículo 756 del C. C.; e) Porque la posesión regular de un inmueble la constituyen precisamente el justo título debidamente registrado y la buena fe del adquirente, como lo estatuye el artículo 764 del Código, (ibídem); f) Porque a quien alega el dominio como base de la reivindicación le basta con presentar un título anterior a la posesión del demandado, siempre que éste no presente otro que lo contrarreste, como lo enseñan los artículos 950 y 951 del Código Civil, y g) Porque la presunción de dominio que establece en favor del poseedor material el inciso 2º del artículo 762 del Código Civil, tiene que desaparecer en presencia de un título anterior de propiedad que contrarreste esa posesión, porque entonces el poseedor demandado queda en la obligación de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor, como se desprende nítidamente del artículo 951 del mismo Código, y el demandado no presentó ninguno'. La Corte considera que el referido cargo — el presentado en primer lugar por el recurrente — es fundado, no sólo por las razones que han sido trascritas, sino también por las siguientes: .....Tercera. Por lo demás, la técnica jurídica más moderna y autorizada (véanse: Colin, Capitant y Joulliot de la Morandière, edición de 1935, tomo I, página....; Josserand, tomo I, página ...; Planiol, Ripert y Picard, tomo III), ha establecido, sobre bases jurídicas incuestionables, que en los juicios de reivindicación entre particulares el dominio puede probarse, sin necesidad de acudir a la prueba diabólica (1), inclusive por PRESUNCIONES, que se sacan, ya de las escrituras que se presenten, cuando éstas no alcanzan a formar una cadena completa que se remonte hasta el título originario pero sí un elemento apreciable de convicción, ya de otros elementos conducentes, como los certificados de impuesto predial, etc. Es obvio, por lo tanto, que el Tribunal al fundar su sentencia en la consideración de que no estaba probado el dominio del demandante sobre la hacienda de El Cairo, a pesar de ser éste poseedor y haber presentado las escrituras que presentó para reforzar esa presunción, violó los textos legales citados por el recurrente".

(1) Véase la doctrina titulada: PRUEBA DIABOLICA, y las concordancias en ella anotadas.

Págs.

(Casación, XLIII, números 1911 y 1912, julio 18 de 1936) ..... 817, 1ª y 2ª, y 818, 1ª y 2ª

REIVINDICACION DEL DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE

- 256 -

Véase: SERVIDUMBRE.

REIVINDICACION Y PRUEBA DIABOLICA

- 257 -

Anacleto Rengifo demandó en acción de dominio de un terreno a Sergio Crejuela, el cual fue absuelto porque el sentenciador estimó que no era bastante para la reivindicación el solo título del reivindicador, anterior a la posesión del demandado, sino que se necesitaba presentar también los títulos anteriores de su tradente. Recurrió en casación el actor alegando, por primera causal, la violación de varios artículos del Código Civil. Dijo la Corte:

"El carácter de 'dueño', exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de 'propiedad', prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o ERGA OMNES. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto. Al 'dueño' que quiere demostrar 'propiedad' le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la PROBATIO DIABOLICA, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares. Prescindiendo de la acción admitida por el artículo 951 del Código Civil, semejante a la publiciana del derecho romano, y concretando el estudio a la consagrada por el artículo 950, pueden contemplarse varios casos. Llámese Pedro al demandante y Juan al demandado. PRIMER CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1911. Debe triunfar Pedro. SEGUNDO CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan, cuya posesión principió en 1909. Debe triunfar Juan. TERCER CASO. Pedro, con un título registrado en 1910, demanda a Juan cuya posesión principió en 1909, y presenta además otro título registrado con el cual comprueba que su autor fue causahabiente de Diego desde 1908. Debe triunfar Pedro, no por mérito de su título sino por mérito del título de su autor. En estos tres casos, referentes a una propiedad privada, se ha partido de la base de que Juan es poseedor sin título. Cuando lo tiene se ofrecen otros casos harto complejos, cuya exposición no procede en este juicio. Lo expuesto muestra cuán injurídico es, en sentir de la Corte, el primero de los fundamentos en que descansa la sentencia dictada por el Tribunal. No aparece que quienes vendieron el lote a Anacleto Rengifo fueran en realidad sucesores de Waldo Otero, pero este vacío no tiene la importancia que le da el Tribunal. El reivindicante ha presentado un título registrado. El reo no lo ha contradicho ni contrarrestado con otro título que acredite un derecho igual o superior al que alega el demandante. Tiene razón el recurrente cuando alega que en este punto violó el Tribunal, por no haberlos aplicado, siendo el caso de hacerlo, estos preceptos del Código Civil: el artículo 762, en

su inciso 2º, y los artículos 946 y 959". (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, febrero 26 de 1936)...

REMATE

- 258 -

Casado Pedro Nolasco Escobar con Margarita Salazar fueron adquiridos unos bienes raíces durante la sociedad conyugal. Muerta Margarita, se siguió su juicio de sucesión y en él Pedro Nolasco fue mandatario de sus hijos legítimos y sin estar facultado para ello remató para sí algunos bienes, los cuales gravó con servidumbre. Fue demandado Pedro Nolasco por Liberata Escobar para que se declarase nulo el remate y para que se declarase también que el demandado no adquirió el dominio de los bienes rematados en pública subasta. Como prosperase la acción en ambas instancias recurrió el demandado en casación acusando el fallo de haber aplicado indebidamente los artículos 2170, 1523 y 1741 del Código Civil. Dijo la Corte:

"Una cosa es el remate como acto civil, como contrato de venta, en que el juez representa al vendedor, y otra muy distinta las formalidades relativas al procedimiento y al mismo acto de remate. En cuanto al contrato de venta, en sí mismo considerado, se rige por los principios que dominan la teoría legal de los actos y declaraciones de la voluntad, y en cuanto a la formalidad del remate, por las disposiciones consagradas en el Código Judicial. Por eso, como desde hace mucho lo ha dicho la Corte, el acto judicial llamado remate, no puede regirse por las mismas reglas que gobiernan los actos y declaraciones de la voluntad, referentes a la venta que se hace en un juicio. Aún más: la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo no acarrea la nulidad del remate verificado en él, cuando el rematador ha cumplido con lo de su cargo. En el caso presente se trata, no de la nulidad del remate, considerado como diligencia judicial o por su aspecto procesal, sino del acto civil, de la compra hecha por el 839, 1º y 2º rematador. Este, como comprador, estaba sujeto a las disposiciones sustantivas que rigen los actos y declaraciones de la voluntad y a las prohibiciones para celebrar ciertos actos, y como compró para sí, siendo mandatario, los lotes de terreno a que se refiere la demanda, la compra adolece de nulidad al tenor del artículo 2170 del código citado. Como el Tribunal aplicó el artículo que acaba de citarse en el concepto de la compra, no del acto del remate, resulta que no es fundada la causal que se estudia. El artículo 60 del C. C., citado por el recurrente, sí es, pues, aplicable a los actos o declaraciones de la voluntad, en cuanto esos actos y declaraciones, por ser prohibidos por la ley, pueden acarrear nulidades. Mas la nulidad a que se refiere el artículo 2170, ya citado, no es absoluta, como erróneamente lo afirma el Tribunal en la parte motiva de la sentencia, y respecto de ese concepto está en lo cierto el recurrente, pero esto no da base para casar la sentencia por lo que más adelante expone la Corte.... La disposición del artículo 2170 del Código Civil no consagra un precepto de orden público, sino que mira a los intereses del mandante, el cual puede aprobar la compra hecha por su mandatario para sí, de donde se deduce que la nulidad que existe en su caso no es absoluta, como lo estima el Tribunal, en la parte motiva de su fallo, sino relativa y ratificable mediante la aprobación posterior. El Tribunal, al confirmar el fallo, concluye, en la parte resolutiva, declarando que el remate está viciado de nulidad y se abstiene de calificarla de absoluta, limitándose a declarar nulo el acto. La Corte deja ya dicho que la nulidad es relativa y rectificada así la doctrina sentada en la parte motiva de la sentencia, con lo cual no hay necesidad de casarla, puesto que siempre llegaría a la misma conclusión del sentenciador, o sea simplemente nulo el acto y cumple así los fines del recurso, en casos como éste, exponiendo y sustentando en el cuerpo del fallo la doctrina legal o jurisprudencia que estima más acertada". (Ca-

Págs.

sación, XLIII, Nº 1904, septiembre 23 de 1935) ..... 62, 1ª y 2ª, y 63, 1ª

REMATE

- 259 -

"No hay ninguna ley que prohiba al apoderado judicial de un acreedor, en el concurso abierto a los bienes del deudor, llevar alguna participación en los beneficios que obtenga, por causa de remate, la tercera persona compradora en pública almoneda de inmuebles pertenecientes al concurso, así estén ellos especialmente afectos al cumplimiento de obligaciones a favor del mandante". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, octubre 1º de 1935) ..... 149, 2ª y 150, 1ª

RENDICION DE CUENTAS

- 260 -

En un juicio para que se declarase terminada "una asociación o sociedad de hecho o cuentas en participación", contrademandó el demandado para que el actor fuese obligado a rendir cuentas. Recurrió en casación el demandado, acusando el fallo por apreciación errónea de pruebas y consiguiente violación de la ley sustantiva.

"En efecto, dice la Corte: el Tribunal acoge como pleno cumplimiento de esa obligación el mero hecho de que la copia de la cuenta presentada con la demanda inicial (Cno. 1º, folios 1 a 4) coincide con los asientos respectivos del libro mayor del mismo señor Vallejo estudiados y copiados en la inspección ocular de 19 de octubre de 1928 (Cno. 3º, folios 45 y 46), y de que los peritos conceptuaron que esta contabilidad estaba llevada satisfactoriamente. La completa coincidencia partida por partida de lo que reza el documento traído AB INITIO por el demandante y lo que sus libros indican, lo único que acredita es la fidelidad de la copia; pero no reviste la cuenta copiada de la calidad legal de cuenta documentada y justificada. El gestor, el socio administrador, el mandatario, al igual del guardador, del agente oficioso, del albacea, en una palabra, quien administra lo ajeno por cualquier causa, está en la obligación, nacida del hecho mismo de administrar lo ajeno, de rendir cuenta justificada y documentada, en lo posible. Lógicamente, la ley lleva este deber hasta imponerlo al heredero beneficiario, ante los acreedores del difunto, en cuanto excepcione con este beneficio. Así las cosas, como en verdad lo son, la Corte encuentra justificado el cargo que el recurrente hace de violación de las disposiciones legales pertinentes, trátese en este caso —dice él— de comisión o mandato, trátese de sociedad o de participación; artículos 2106 y 2181 del C. C. y 383, 537, 540, 629 y 633 del C. de C." .(Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 22 de 1935) 381, 2ª

RENUNCIACION AL COBRO DE PERJUICIOS FUTUROS

- 261 -

La sociedad denominada "La Favorita" vendió a la empresa del Ferrocarril de Ambalema una zona de terreno y en la cláusula quinta de la escritura se estipuló: "Declara además la vendedora que con la suma recibida le quedan cubiertos todos los perjuicios pasados, presentes y futuros que puedan ocasionarse a la sociedad vendedora o a sus sucesores en la propiedad con la construcción, sostenimiento y explotación del Ferrocarril de Ambalema-Ibagué, excepción hecha del dolo, conforme al artículo 1522 del Código Civil". Se demandó al Departamento del Tolima no solamente para que se declarase rescindido el contrato por lesión enorme y para otras prestaciones, sino para que se declarase nula la mencionada cláusula, pues creyó el actor que con ella se habían renunciado todos los perjuicios que le pudieran resultar al vendedor, cualesquiera que fuesen su clase y condiciones y la extensión y modo como se produjeran. Dijo la Corte:

"Es necesario ver qué clase de

Págs.

contrato se constituyó en la cláusula quinta en cuanto a los perjuicios futuros de que en ella se habla. Se puede afirmar que el contrato contenido en la escritura Nº 1180 tántas veces citada, versó sobre la zona, permisiones, condiciones, perjuicios pasados y presentes. ¿Pero qué contrato pudo celebrarse cuando se consideró como objeto de él los perjuicios que pudieran resultarle en lo futuro a la sociedad vendedora 'La Favorita' como efectos de actos de la empresa del Ferrocarril? El Tribunal sentenciador en primera instancia sostiene que hubo una condonación. Desarrolla así su pensamiento rebatiendo las opiniones del demandante, quien alegó que la cláusula quinta constituye una venta de perjuicios. (Sentencia a folios 189 y siguientes del Cno. 1º). Que para que haya venta, el vendedor tiene que ceder una cosa que esté en su patrimonio, y que como el perjuicio no es bien, no es cosa que se pueda enajenar para que pase de un patrimonio a otro, ni tiene valor venal apreciable en dinero, por lo que no es aceptable que se hubieran vendido perjuicios por la una parte ni la otra comprándolos; y que si esto hubiera sucedido, el pacto no engendraría obligación por la imposibilidad de su objeto (artículo 1519 del C. C.). Sostiene también que la cláusula quinta aludida acoge expresamente como norma del contrato el artículo 1522 del Código Civil, que habla de condonación. Dice después el Tribunal: 'Luego condonación de perjuicios fue lo que quisieron estipular las partes que suscribieron.... la cláusula quinta'. Agrega que la condonación está en lo general autorizada, porque se puede perdonar o conceder remisión de una deuda, ya sea pasada, presente o futura, a excepción del dolo futuro, porque si éste es pasado, también puede condonarse. Concluye que habiéndose estipulado una condonación, los jueces tienen que respetar la voluntad expresa de las partes, por lo que él se encuentra excusado de entrar a 'examinar la cuestión bajo el aspecto de renuncia del derecho a ser indemnizado (el actor) por perjuicios'. El anterior razonamiento del Tribunal carece de base jurídica. En primer lugar, es injurídico el razonamiento, porque los perjuicios, o mejor, el derecho a la indemnización por ellos, que es lo que significa una renuncia de esa clase, sí pueden ser objeto de estipulación, y, por tanto, pueden cederse por venta u otro título, no sólo los que se han causado, sino también los que puedan causarse y que lógicamente se prevean como resultado o consecuencia de la obra u obras que pretenda desarrollar el comprador, es decir, que sean determinables por la naturaleza de la cosa que pueda producirlos. Sobre este punto se volverá adelante. En segundo lugar, el razonamiento es erróneo, porque no pudo haber condonación de los perjuicios futuros en este caso. En efecto: la remisión o condonación es la renuncia, a título gratuito, de lo que el renunciante se le debe. Hay en ella el ANIMUS DONANDI, porque cuando la renuncia a un derecho lleva en sí compensaciones pecuniarias queda sujeta a las normas del contrato en que ella se ha pactado. En el negocio que se cuestiona no aparece la gratuidad, pues, al contrario, en él se patentiza que tal renunciación se hizo por retribución pecuniaria, sin que se trate tampoco de una donación remuneratoria. No es oportuno estudiar ahora si en la legislación colombiana vale la remisión de bienes que no existan en el presente, pero que puedan existir en lo futuro, conforme lo dice el artículo 1474 del Código Civil, en relación con la donación, porque, como se acaba de expresar, en la renuncia estipulada hubo precio; ni tampoco considerar que el artículo 1869 de la misma obra autoriza la venta de las cosas que no existen, pero se espera que existan, como los sueldos futuros, los productos de una cosecha, porque en el caso ocurrente no es que se hayan vendido los derechos a una futura indemnización de perjuicios, sino que lo que allí se convino es que mediante remuneración se renuncia al derecho a cobrar el valor de los perjuicios, cuando éstos se causen. El objeto de la convención es, por tanto, unos derechos

Págs.

Págs.

que todavía no existen, pero cuya existencia futura se prevé racionalmente. (Artículo 1518 del C. C.). De suerte que es procedente penetrar en el fondo de dicha estipulación sobre renuncia a cobrar esos perjuicios, para saber hasta dónde se extiende la dicha cláusula quinta, que se estudia. Indudablemente el contrato que se constituyó en esa cláusula fue una venta de la zona con pacto accesorio de renunciar a una futura indemnización. Es necesario, por consiguiente, ver si la cláusula vale en cuanto a los perjuicios futuros o no; si puede considerarse como absolutamente nula, o si cabe su interpretación, la fijación de su inteligencia, como se pide subsidiariamente, bajo la solicitud 7ª. Los perjuicios, que en lo futuro le pueda causar, sin dolo, la empresa del Ferrocarril a la sociedad 'La Favorita' o a sus sucesores, no son imaginables: ellos pueden ser de muy diversas clases y condiciones; presentarse acompañados de circunstancias absolutamente imprevistas, y ser el resultado de descuidos y negligencias que no es posible ni siquiera sospechar. De modo que si la cláusula quinta tratara de toda clase de perjuicios futuros, que, sin dolo, el Ferrocarril pueda causarle a la sociedad 'La Favorita', la cláusula sería absolutamente nula, por indeterminación del objeto, o por la imposibilidad en que se estaría para determinarlo. En efecto: la cosa objeto de la obligación debe ser determinada, o por lo menos determinable. La regla general a este respecto es la del artículo 1518 del Código Civil, el cual establece que las cosas que son objeto de una declaración de voluntad deben estar determinadas a lo menos en cuanto a su género, y que 'la cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla'. Siguiendo los términos de esta disposición, no pueden hacerse donaciones a título universal, sin inventario solemne de los bienes donados, ni condonarse ni remitirse una deuda, sin llegar a los mismos requisitos que se exigen para la donación; ni venderse o aportarse a una sociedad los bienes presentes y futuros, o unos y otros, ya se venda o se aporte el total o una cuota de uno de ellos, sino especificando las especies, géneros o cantidades que los componen. (Artículos 1464, 1712, 1867 y 2082 del Código Civil). La razón de esto es que la ley ha prohibido esos contratos, so pena de nulidad, cuando no se hace en ellos la referida especificación. En el caso de la cláusula en cuestión, en que no se trata de una donación, ni de una condonación, si fuere cierto que aquella —en cuanto habla de perjuicios futuros causados sin dolo— tiene por objeto la renunciación a cobrar la indemnización de todos los perjuicios que, sin dolo, resulten en lo venidero, cualquiera que sea la causa de ellos, su clase, y las circunstancias en que se produzcan, ella sería absolutamente nula, porque entonces se trataría de una cantidad incierta o indeterminada, pues no sería posible determinarla por los datos o reglas del contrato, como lo dispone el inciso segundo del artículo 1518 citado. Queda visto que este artículo manda que si el objeto del contrato es una cosa futura, ésta esté determinada, a lo menos, en cuanto a su género; y que la cantidad puede ser incierta, siempre que el contrato contenga normas para determinarla. En lenguaje jurídico se llama género 'una cosa que se determina únicamente por la clase a que pertenece'; y también significa la clase de cosas. Por el término cantidad se significan ordinariamente cosas determinadas de clase determinada que se designan por su número, su peso o medida.... Todo lo dicho está en armonía con el principio general consignado en el artículo 1518, según el cual, para que las cosas que existen o se espera que existan, puedan ser objeto de la declaración de voluntad, 'es menester que las unas y las otras estén determinadas, a lo menos en cuanto a su GENERO'. Y este principio no se altera porque en el inciso segundo disponga ese artículo que 'la cantidad puede ser incierta, con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos para determinarla', porque la incertidumbre se refiere naturalmente a

Págs.

Págs.

monto de la cantidad, pero no a la clase de las cosas que la forman, o sea el género del objeto de la designación. Por eso dice Mourlon, comentando el artículo 1129 del Código Civil francés, que corresponde al 1518, que "la cantidad de la cosa que hace el objeto de la obligación, debe, igualmente, ser determinada. Sin embargo, no es necesario que ella lo sea por una cifra exacta; basta que el contrato contenga un medio de determinación. Si yo me obligo a daros trigo, mi obligación es nula... Si os vendo el trigo que necesitáis para sembrar vuestro campo, la venta es válida; porque el contrato suministra un medio de determinar la cantidad de trigo que debe ser pagada, sin caer en la arbitrariedad". (Répetitions écrites sur le Code Civil. Tomo II, pág. 607). Si en la cláusula quinta de que se viene tratando, se hubieran referido las partes a cualquiera clase de perjuicios futuros, no provenientes de dolo, habría quedado indeterminado el género, considerado jurídicamente, por que el género no se fija, como queda visto, sino limitándolo por su especie, como el perjuicio que resulte de tal acto; y habría quedado indeterminada también la cantidad, porque ésta, aunque consista en una cosa indeterminada de una clase determinada, para que esa cosa pueda considerarse como cantidad determinada o determinable por los datos del contrato, es necesario que se designe por su número, peso o medida. En abstracto, los perjuicios futuros, no provenientes del contrato, que la empresa del Ferrocarril puede causarle a la sociedad "La Favorita" o a sus sucesores, sin dolo, son demasiado variados, imposibles de ser numerados o sospechados siquiera: por esto hay que estimar que a ellos no pudieron referirse las partes. Pero por esta razón no puede declararse la nulidad de la susodicha cláusula quinta, porque, como es natural, las partes pudieron prever que por la empresa del Ferrocarril contratante se causarían algunos perjuicios con posterioridad al contrato, como consecuencia de las concesiones, permisiones y condiciones en él establecidas; y estos perjuicios, aunque inciertos, sí son determinables por los datos y reglas del contrato; por lo que la cláusula en que se consignó como objeto de la convención, la renuncia a cobrar la indemnización de los perjuicios que naturalmente y sin dolo se produjeran, sí puede ser interpretada por el juzgador, y su inteligencia fijada, en el sentido que mejor cuadre con la naturaleza del contrato..... La cláusula debe entenderse, pues, en el sentido de que la estipulación sobre perjuicios futuros queda limitada a los perjuicios futuros determinados, o que sean determinables de conformidad con la naturaleza del contrato y las cosas que fueron objeto de la estipulación". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1905 y 1906, febrero 6 de 1936)..... 276, 2ª, 277, 1ª y 2ª, 278, 1ª, y 279, 1ª

REPETICION POR PAGO EFECTUADO EN VIRTUD DE UN ERROR DE DERECHO

- 262 -

Luciano Herrera demandó a Delfín Martínez para que fuera condenado éste a pagarle a aquél una suma de dinero. Alegó el demandado que siendo la deuda en plata, al convertirla en oro legal sufrió un error su apoderado aceptando que la conversión se hiciera al tipo del doscientos por ciento, en vez de ser al doscientos cincuenta por ciento, con lo cual dice que se le siguió un perjuicio. Condenó el Tribunal al tenor de la demanda, por lo cual recurrió en casación el demandado alegando violación de varias disposiciones sustantivas y sosteniendo que cuando se trata de pagos se puede repetir aun lo que se ha pagado por error de derecho. Dijo la Corte:

"No puede alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después que esté en observancia, enseña el artículo 56 del Código Político y Municipal. En punto de adquisición del dominio manda el artículo 768 del Código Civil que el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, sin prueba en contrario. Y dispone el

Págs.

artículo 1508 de este mismo código que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Estos principios son incuestionables y se fundan en que el legislador, por razones de política social, presume a todos los colombianos conocedores de todos los millares de leyes expedidas en la República. El texto de la escritura número cuatrocientos trece (413), de diez y nueve (19) de junio de mil novecientos diez y siete (1917), otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Pasto, indica que el mandatario Luis M. Troya no conocía los pormenores de la mencionada ley 65. Es natural pensar que de haber conocido esos pormenores no hubiera aceptado una liquidación que, desplazando a su mandante de la equivalencia comercial admitida por el artículo 15, lo colocaba bajo el imperio de los artículos 4º y 12. La Corte admite que el deudor y su mandatario incurrieron en error de derecho, fundada en el texto mismo de la escritura número cuatrocientos trece (413) y en algunas pruebas indirectas — indicios y presunciones — como la frecuente ignorancia de las leyes aun por parte de jueces y abogados; como el hecho de que no es lo ordinario ver a un deudor agravando su deuda sin ningún motivo especial, y como el de que un mandatario, singularmente si es modesto empleado, no suele atreverse a desmejorar a sabiendas, y quizás ni aun a cambiar, la posición jurídica de su mandante.... En Colombia es absolutamente nula, y aun inexistente, la obligación contraída sin más fundamento que un error de derecho, porque éste no puede aprovechar al que lo alega para hacer una ganancia, si no concurre también una capacidad legal, un objeto lícito y una causa jurídica distinta del error mismo, aunque esa causa no sea civil sino apenas natural. De suyo el error de derecho no hace perder a nadie sus bienes. Iría ello contra la equidad. No es posible reconocer mejor condición al que recibe lo que no se le debe que al que paga lo que no debe. Tal reconocimiento valdría por un despojo. En la ley 65 de 1916 se hallan los artículos 4º, 12 y 15, que así dicen: 'Artículo 4º El cambio se hará en la proporción de doscientos pesos ($ 200) plata por cien ($ 100) oro inglés o moneda legal'.... El error sobre un punto de derecho, que por falsa causa hizo ineficaz la liquidación del capital en cuanto excediera de $ 12,000.00, estribó en que el mandatario del deudor creyó erróneamente en que para las obligaciones entre particulares se aplicaba la proporción del doscientos por ciento, a que aluden los artículos 4º y 12, y no la que resultara de aplicar el tipo de cambio a la época del contrato, como lo autoriza el artículo 15. Al liquidar el crédito, las partes llegaron a una cuantía-límite, autorizada por el artículo 15 de la ley 65 de 1916. Hasta ese límite, que según los peritos es de $ 12,000.00, ninguna de ellas puede desconocer lícitamente la legitimidad de la deuda, ya por razón del contrato celebrado en mil novecientos trece (1913), ya por razón del artículo 15. El deudor no ha discutido, ni podría discutir fundadamente, sino el exceso, es decir, la diferencia entre $ 12,000.000 y $ 15,000.00. Ese exceso no está amparado por los artículos 4º y 12, aunque una sola de las partes, la acreedora, quiso guarecerlo en ellos. En ese exceso hay falsa causa. Y hallándose inscrito, no puede autorizarse su cobranza. Más bien debe la justicia ponerlo en cobro, declarando su ineficacia. Hasta el límite fijado por el artículo 15, la liquidación tiene causa real y lícita. En lo que pasa más allá de la regla fijada por tal artículo, la causa es falsa por error sobre un punto de derecho. A nadie ha de sorprender esta doctrina de la Corte, que no es extraña en el derecho civil colombiano. Allí se observa que en multitud de casos el legislador reconoce validez hasta ciertos límites y niega eficacia de esos límites en adelante. Recuérdense sus preceptos sobre donaciones y remisiones sin permiso judicial, en lo que pasen de cierta cuantía; sobre arrendamiento de bienes pertenecientes a incapaces o de servicios domésticos, en lo que rebasen cierto número de años, sobre pacto de indivisión, en cuanto se pretenda que dure más de cierto término

no. El solo error sobre un punto de derecho, si bien no vicia el consentimiento según claro texto legal, tampoco es obstáculo para que se pueda repetir lo pagado por error de esa clase, cuando el pago no tiene por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural. Lejos de ser ajena del error la repetición de lo indebidamente pagado, es justamente el error una cosa esencial para que el cuasicontrato del pago de lo no debido sea un hecho generador de obligaciones. El Código Civil concede la repetición aun por error de derecho, cuando el pago no tenía por fundamento ni siquiera una obligación puramente natural. Así lo prescribe el artículo 2315 del Código Civil". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, septiembre 29 de 1935) .... 137, 2ª, 138, 1ª y 2ª, y 139, 1ª

Por casación del fallo del Tribunal a que se ha aludido profirió la Corte después, el día 12 de noviembre de 1936 (G. J. Nos. 1918 y 1919), la sentencia de instancia correspondiente, en la cual expresó y ratificó la misma doctrina que se acaba de relatar, insistiendo en que hubo "error en la liquidación procedente del error sobre un punto de derecho, que si no vició el consentimiento sí falseó la causa". (Cfr. pág. 468). (1).

(1) La doctrina de la Corte sobre este punto, que es una construcción doctrinaria perfectamente nueva y sagaz en nuestro derecho jurisprudencial, no ha sido bien interpretada ni comprendida, como que se ha creído que ella le hace decir al artículo 1509 del Código Civil cosa distinta de lo que literalmente expresa. Tal parece deducirse del siguiente aparte de la tesis de grado del doctor Efraín Caballero, titulada ESTUDIO DEL ERROR EN DERECHO CIVIL MODERNO, excelente por varios aspectos: "Aparece de la anterior relación que si bien el Juez del Circuito de Pasto, consideró el caso como un error de hecho, se trata de un manifiesto error de derecho, porque la conversión se hizo creyendo erróneamente que la Ley 65 de 1916 era obligatoria para las obligaciones entre particulares". No. Lo que la Corte dijo no fue que el error sobre un punto de derecho no vicie el consentimiento, pues eso habría sido un verdadero error de derecho contrario al texto expreso del artículo 1509 del Código Civil, sino que el error sobre un punto de derecho, aunque no vicia el consentimiento, sí puede viciar el acto o contrato cuando ese error falsea la causa incidiendo en ella.

(Nota del Relator).

Págs.

REPRESENTACION DEL DEPARTAMENTO EN JUICIO

- 263 -

Como representante de un Departamento se había notificado al Gobernador el auto ejecutivo.

"Conforme al artículo 176, numeral 3º del C. J., corresponde a los Fiscales de los Tribunales Superiores 'representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y que deban ventilarse ante dichos Tribunales, observando las instrucciones que se les den'. No es, por tanto, a los Gobernadores a quienes corresponde representar en juicio a los Departamentos". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1911 y 1912, mayo 5 de 1936) 863, 2ª

REQUERIMIENTO

- 264 -

Se había iniciado ejecución contra el Departamento de Cundinamarca por una suma de dinero proveniente de la expropiación de una zona de terreno de propiedad del actor y se apoyó la acción en las sentencias de un Juez de Circuito que declaró a cargo del Departamento la obligación de pagar. El Procurador opinó que cuando el deudor de una suma de dinero es una entidad de derecho público, como lo es un Departamento, el acreedor debe requerir previamente al deudor, so pena de que si así no lo hace no pueda considerarse en mora al Departamento para hacer el pago y de que la obligación no sea exigible.

"El señor Procurador no cita disposición legal alguna en apoyo de esta tesis, que la Sala no puede acoger, porque no existe en la legislación colombiana principio alguno que consagre un privilegio especial en favor de los departamentos, cuando se trata de exigirles ejecutivamente el cumplimiento de obligaciones precisas y claras. Las sentencias ejecutoriadas prestan mérito ejecutivo, como ya se ha visto. Si se estableciera como requisitos previos para iniciar la ejecución contra las entidades de derecho público el requerimiento y la expedición de la orden de pago, en los términos que anota el señor Procurador, se haría nugatorio el derecho de los acreedores y jamás podría prosperar un juicio ejecutivo contra las expresadas entidades. Las leyes fiscales exigen determinadas formalidades para la erogación de los fondos públicos; pero aquéllas no influyen sobre el mérito ejecutivo de un documento, el cual sirve de base al juicio correspondiente si reúne las condiciones de que trata el artículo 982 del C. J., sin necesidad de requerimiento". (Auto, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1909 y 1910, mayo 19 de 1936). . . . . Págs. 688, 2ª

RESERVA DE AVERIA

- 265 -

Véase la doctrina titulada AVERIA.

RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA

- 266 -

"La riña y la legítima defensa se excluyen, porque aun cuando en ambas puede ocurrir el combate singular, en la primera hay dolo, intención antisocial de inferir un daño al adversario; al paso que en la legítima defensa el motivo determinante es eminentemente social, porque quien se defiende de una agresión injusta y peligrosa, ejerce un derecho y hasta un deber, puesto que no solamente defiende las condiciones de su existencia, sino las de la sociedad a que pertenece". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 2 de 1936). . . . . Págs. 655, 2ª y 656, 1ª

RIÑA PROVOCADA POR EL REO DE DELITO DE HOMICIDIO

- 267 -

No es circunstancia agravante, sino una modalidad del delito de homicidio. Véase: CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES.

RESOLUCION JUDICIAL Y TERMINACION JUDICIAL

- 268 -

En la misma sentencia proferida en el pleito cuyos antecedentes quedaron relatados bajo el título de Subrogación, al cual remitimos al lector, sentó la Corte la siguiente doctrina sobre los puntos que contiene el presente título:

"Por la TERMINACION (o cesación) JUDICIAL pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas queda en pie los efectos hasta entonces surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la TERMINACION, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, 'ejecutorios' por oposición a 'ejecutados', cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. No así la RESOLUCION JUDICIAL. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento; y —como anotaba el magistrado Luis Eduardo Villegas, siguiendo a Rogron, Mourlon, Laurent y Baudry y Lacantinerie— 'se borra; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene la convención por no celebrada. . . . La RESOLUCION obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La CESACION únicamente produce el primer resultado'. Esta doctrina,

Págs.

enunciada por el magistrado Villegas con apoyo en comentadores extranjeros, ha sido también la recibida en Colombia. No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anonadado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su cumplimiento, obliga al juez a eliminarlo. Autores modernos, Ripert y Josserand, sostienen: el primero, en desarrollo de su teoría sobre la justicia contractual, que el contrato fracasa; el segundo, en desarrollo de la suya sobre equilibrio contractual, que el contrato se desfonda y se vuelve tabla rasa. Dícese que por la sentencia resolutoria el contrato queda borrado, fracasado o desfondado, es decir, vuelto tabla rasa, porque juristas nacionales y extranjeros admiten que pronunciada la resolución ha de fingirse que el contrato resuelto no existió jamás. Seducido por esta ficción, el Tribunal de Antioquia acogió el interesante fallo proferido por el Juzgado de primera instancia, en que éste, luégo de reconocer que en el orden natural de los hechos es imposible volver las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el contrato, lo cual explica la ficción como medio de dar efecto retroactivo a la sentencia, estima que 'al analizar hoy las relaciones de Monsalve con Restrepo, debe hacerse como si no existiera, cuando se hizo el pago, el convenio de que da cuenta la escritura 2515 de 4 de octubre de 1919'. Y así el señor juez fluctúa entre el pago con subrogación, el pago sin causa y el pago de lo no debido, como puede verse en estos pasos de su sentencia prohijada por el Tribunal: 'Entre Monsalve y Uribe S. pudo haberse pactado la subrogación de conformidad con el artículo 1669 del Código Civil. Mas como no se hizo, quedó la legal al tenor del numeral 5º del artículo 1668 de la misma obra. Sólo que en virtud del motivo y forma del pago, la subrogación carecía de objeto, porque Monsalve cumplía una obligación, sin que le quedara crédito contra Restrepo. Perseguía tan sólo, después de cumplir lo convenido, obtener la cancelación de la hipoteca....' La manera como el Tribunal, siguiendo al juzgado, aplicó la ficción de que se ha hecho mérito, fue motivo para que el recurrente denunciara la violación, entre otros preceptos sustantivos, de los artículos 1667 y 1668 del Código Civil, sobre pago; 1608, sobre mora, y 1617, sobre perjuicios...." (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 26 de 1935)..... 891, 1ª y 2ª, y 392, 1ª

Págs.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL

- 269 -

Se había demandado al Municipio de Bogotá para el pago de los perjuicios causados por una inundación del río San Francisco, la cual se ocasionó en una obra de alcantarillado construída por el Municipio. En el recurso de casación que contra la sentencia condenatoria intentó el Municipio, se alegó la primera causal de casación conforme al artículo 520 del Código Judicial. Sostenía el recurrente que no se había demostrado la relación de causalidad que hubiera entre las obras ejecutadas por el Municipio y los daños o perjuicios sufridos por el actor con la destrucción de su casa y que al afirmar el sentenciador que no hubo fuerza mayor o caso fortuito en la inundación, había violado por errada interpretación los artículos 1º de la ley 95 de 1890 y 1604 del C. C. Dijo la Corte:

"Para que pueda decirse que la culpa de una persona ha sido efectivamente la causa del perjuicio cuya reparación se demanda, es menester que haya una relación NECESARIA entre dicha culpa y el perjuicio; es decir, una relación tal que si la culpa no hubiera ocurrido, el perjuicio no se habría producido. En este caso, como siempre que en cuestiones jurídicas se habla de causa, se requiere el elemento de NECESIDAD en la relación. Si una culpa que parece relacionada con el perjuicio está plenamente demostrada, pero se establece que el perjuicio se habría causado aunque esa culpa no se hubiera cometido, no habrá

Págs.

relación de causalidad ni consiguiente derecho por parte del perjudicado a la reparación. Pero acontece que en la mayor parte de los casos un daño o perjuicio no es el resultado de una causa UNICA, sino de una serie de antecedentes, de suerte que si estos no se hubieran reunido, no habría habido daño. En tales casos, de acuerdo con la llamada teoría de la CAUSALIDAD OCASIONAL, basta que, entre las diversas causas cuya concurrencia fue necesaria para que hubiera habido daño, exista una que pueda ser imputada a CULPA de una persona determinada para que ésta sea responsable de la integridad del perjuicio. En estos casos, si la persona culpable se hubiera conducido correctamente, el perjuicio no habría ocurrido, y por ello hay relación de causalidad. En otros términos: en el caso frecuente de la pluralidad de causas basta —para establecer la relación de causalidad— que aparezca que sin la culpa del demandado no se habría producido el daño. Y como en esa misma hipótesis de pluralidad de causas, cada una de éstas ha producido el daño en su totalidad y no simplemente en una fracción, puesto que el daño no se habría producido sin la existencia de cada una de tales causas, es obvio que quien creó culpablemente una de las condiciones sin las cuales no habría habido perjuicio, está obligado a una reparación total del daño, salvo que entre las otras causas figure una culpa de la víctima, caso en el cual se reparte la reparación, y siendo entendido que si la culpa del demandado ha concurrido con culpas de otras personas a causar el daño, el demandado culpable, que ha indemnizado la totalidad del perjuicio, puede recurrir contra esas personas para que éstas le reembolsen, en una parte proporcional, el valor de la indemnización pagada. La Corte de Casación francesa, sobre la base de una legislación menos amplia y comprensiva que la nuestra en esta materia —como que la nuestra contiene todo lo que aquélla contiene y además otras disposiciones tendientes a ensanchar todavía más el dominio de la responsabilidad civil extracontractual— ha hecho, en sentencias recientes, interesantísimas aplicaciones de las ideas que acaban de exponerse, entre las cuales pueden citarse, por vía de ejemplo, para ilustrar la cuestión, estas dos: a) El dueño y conductor de un automóvil, sin cerrarlo debidamente y sin tomar ninguna otra precaución adecuada, lo dejó solo en la vía pública. Aprovechando esa negligencia un ladrón que por allí pasó tomó el carro, lo puso en marcha y a las pocas cuadras atropelló gravemente a un peatón. La Corte francesa condenó, como responsable de los perjuicios sufridos por el peatón, al dueño del vehículo. Entre la culpa de éste y el daño era evidente para dicha Corte la relación de causalidad. Sin esa culpa el perjuicio no se habría producido. b) Debido a la excesiva velocidad a que iba un tranvía, uno de los pasajeros, creyendo que el vehículo se iba a estrellar, se arrojó al suelo y con ello sufrió grave daño. La Corte francesa estimó que era responsable de este daño la empresa de tranvías por la relación de causalidad entre la culpa del conductor, que conducía a una velocidad irreglamentaria, y el perjuicio sufrido por el pasajero. Tampoco es necesario, para que existan la relación de causalidad y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio causado, que éste sea DIRECTO, en el sentido de que haya entre el daño y la culpa proximidad en el espacio y en el tiempo. En la que pudiera llamarse cascada de perjuicios que se derivan de un mismo hecho y que se van alejando de éste cada vez más y más, deben ser reparados, por el autor del hecho culpable, todos aquellos de los cuales se pueda afirmar lógicamente que, aunque alejados de la culpa en el espacio y en el tiempo, no se habrían producido sin la culpa. En el caso que se estudia —suponiendo que la corriente o avenida del río San Francisco, ocurrida el día 5 de marzo de 1825, pudiera considerarse como un acontecimiento súbito, imprevisible, lo suficientemente improbable para que no fuera necesario precaverse contra él al emprender trabajos de canalización

Págs.

Págs.

como los que emprendió el Municipio— la responsabilidad extracontractual de éste y la consiguiente obligación de reparar la integridad del perjuicio siempre existirían, porque ese acontecimiento ocurrió con una culpa del Municipio, sin la cual el daño no habría ocurrido. La culpa del Municipio consistió en haber efectuado, en la forma y en las condiciones en que las hizo —sin las precauciones necesarias para evitar inundaciones como la que ocasionó el derrumbamiento de la casa que ocupaba el demandante— las obras del terraplén de la carrera 6ª, relleno del cauce del río, relleno de la luz del Puente Gutiérrez, etc. Fue por el modo como estas obras se ejecutaron, por la falta de medidas adecuadas para prevenir inundamientos y por la negligente organización y disposición de los trabajos, por lo que pudo producirse, al ocurrir la avenida del río, la inundación que destruyó los muebles, enseres y objetos de la casa del demandante. De todo lo cual resulta que el Tribunal no violó los artículos 2341 y 2347 del C. C. al hallar probada la relación de causalidad entre la culpa del Municipio y el daño del demandante.... Tampoco violó los artículos 1º de la ley 95 de 1890 y 63 y 104 del C. C. al establecer que el Municipio no probó la excepción de fuerza mayor porque aun suponiendo que el acontecimiento invocado por tal demandado hubiera reunido evidentemente las características de irresistibilidad e imprevisibilidad, indispensables para la fuerza mayor, dicho acontecimiento no fue la causa única del perjuicio, sino UNA DE LAS CAUSAS que concurrió a producir el daño con una culpa del Municipio sin la cual aquel no habría ocurrido". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, septiembre 17 de 1935)..... 305, 2ª, 306, 1ª y 2ª, y 307, 2ª

Págs.

RESPONSABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN CASO DE INCENDIO

- 278 -

Antonio y Bonifacio Fallaico, dueños de un edificio situado en Barranquilla y destinado especialmente para bodegas y depósitos de mercancías, demandaron a su arrendataria, la sociedad de comercio denominada "A. Held", para que se la obligase a pagarles a los actores "todos los perjuicios y daños que consisten en la destrucción del edificio por el incendio y en la pérdida de los frutos civiles durante el tiempo que corre entre la fecha del incendio y la del pago de la indemnización". Revocó el Tribunal la sentencia de primera instancia porque estimó que aun cuando la sociedad demandada era arrendataria de los actores, no era responsable de la destrucción y la pérdida del edificio causadas por el incendio y que, en consecuencia, no estaba obligada a pagar a los arrendadores los daños y perjuicios demandados por éstos. Recurrieron en casación los actores acusando el fallo por violación de los artículos 1730 y 2005 del Código Civil y 593 y 697 del Código de Comercio. Sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio sienta la Corte la siguiente doctrina:

"El problema jurídico que aquí se ventila ha quedado nítidamente planteado en estos términos: a juicio del recurrente, el Tribunal violó, por errónea interpretación, el artículo 2005, porque consideró 'que la casa demandada no está en la obligación de probar cuál causa cierta determinó el incendio o destrucción del edificio'. A juicio del recurrente, el arrendatario no podía eximirse de responsabilidad 'sino probando el hecho afirmativo de la causa cierta del siniestro': no le bastaba demostrar que había tenido el cuidado de un buen padre de familia. En cambio, en concepto del opositor, el arrendatario, 'para demostrar que los daños y pérdidas de la cosa arrendada no sobrevinieron por su culpa', lo que debía probar, y lo probó, era el haber empleado aquella DILIGEN-

Págs. Págs.

CIA Y CUIDADO que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. En que la pérdida de la cosa no sobrevino por culpa del arrendatario, lo que exige no es otra cosa que la demostración, por parte de éste, de la ausencia de culpa, o sea, de haber empleado en la conservación y goce de la cosa el cuidado de un buen padre de familia. En síntesis: a tiempo que, para el recurrente, el demandado sólo podía eludir la responsabilidad probando el caso fortuito o la causa extraña, para el opositor resulta suficiente la prueba de la ausencia de culpa. Tanto el opositor como el recurrente defendieron con grande acierto y erudición sus respectivos puntos de vista e invocaron abundante y muy autorizada doctrina extranjera —especialmente francesa— para esclarecer el problema. Por eso, y porque en realidad arrojan mucha luz sobre las cuestiones planteadas los detenidos y admirables estudios que los grandes jurisconsultos contemporáneos franceses han consagrado a los artículos 1732 y 1733 del Código Francés —artículos que se han citado y aducido repetidamente en este juicio— la Corte no considera improcedente sino muy útil comenzar por comparar la legislación francesa y la colombiana sobre la responsabilidad del arrendatario en caso de incendio. De conformidad con el inciso final del artículo 2005 del C. C. colombiano, 'en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante su goce (el de la cosa arrendada), DEBERÁ PROBAR (el arrendatario), que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba se hará responsable'. El artículo 1732 del Código Francés contiene, en substancia, el mismo principio: 'el arrendatario responde de los daños o pérdidas que sobrevengan durante su goce (de la cosa arrendada), a menos que pruebe que tuvieron lugar sin su culpa'. Pero el artículo siguiente del mismo Código Francés, enfocando ya especialmente la cuestión del incendio de la cosa arrendada, establece lo siguiente: 'El arrendatario responde del incendio a menos que pruebe que el incendio aconteció por caso fortuito o fuerza mayor'. A primera vista, la simple confrontación del texto colombiano con los textos franceses podría ser suficiente, como lo sostiene el opositor, para llegar a la conclusión de la exactitud de la tesis sostenida por él, puesto que, como lo anota éste, en Francia se exige la prueba positiva del caso fortuito o de la causa extraña en caso de incendio, en virtud de un texto especial que modifica, para el caso, el principio general consagrado en el artículo 1732, igual a nuestro artículo 2005. Sin embargo, no sería, ni con mucho, bastante esa consideración para resolver la cuestión planteada. Si se tiene en cuenta, por ejemplo, lo que autores tan modernos y prestigiosos como Josserand y Demogue dicen en relación con los citados textos del Código Francés, se ve claramente que de la simple disparidad de las dos legislaciones en cuanto al caso de incendio, no podría sacarse la conclusión que saca el opositor. Por el contrario, se llegaría, a la luz de esa doctrina, y no obstante la disparidad anotada, a la tesis del recurrente. 'Esta obligación (la de velar por la conservación de la cosa) —dice Josserand— es el corolario de la obligación de restitución: desde el momento en que el arrendatario está eventualmente obligado a restituir los lugares alquilados (les lieux lués), a la expiración del arriendo, él tiene la posición del deudor de un cuerpo cierto; su responsabilidad se compromete, pues, por la pérdida o deterioro de la cosa, en los términos del derecho común, es decir, a menos que demuestre que el acontecimiento provino de una causa extraña que no podía serle imputada; es así como debe ser comprendido el art. 1732.... El artículo 1733, inciso 1º, consagra el derecho común de la responsabilidad; no lo deroga en ninguna manera. De esta idea de que el artículo 1733 no hace sino aplicar al arrendatario, en caso de incendio de la cosa arrendada, la responsabilidad contractual del derecho común, hay que sacar las siguientes consecuencias.... Al arrendatario no le sería posible alegar que la causa del

Págs.

incendio es desconocida o que no ha incurrido en culpa; esta prueba negativa es ineficaz aquí, como de una manera general en materia de responsabilidad contractual'. (v. Tomo II. Nos. 1198-99). Demogue (tomo VII, Nº 608), expone, en el mismo sentido lo siguiente: 'Lo que libera al deudor es la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor y no la ausencia de culpa. Esto resulta claramente para el arrendatario del artículo 1733, y la jurisprudencia admite que hay que producir la prueba directa y positiva del caso de fuerza mayor. El artículo 1733 no hace sino aplicar aquí el DERECHO COMUN. (Al contrario, en Italia, el arrendatario se libera probando la ausencia de culpa). Estas soluciones parece que hacen caso omiso de los textos que se contentan con la ausencia de culpa. Pero es que no hay que hacer exégesis de una manera exagerada. El conjunto de textos es tan impreciso, que es evidente que los redactores del Código no tuvieron una idea clara sobre la distinción entre ausencia de culpa y fuerza mayor. Estas nociones no vinieron a ser separadas sino a la larga. Corresponde, pues, al intérprete suplir el silencio del código con ideas racionales y lo que parece mejor adaptado a las necesidades prácticas es exigirle al deudor la prueba que sea más precisa para darle seguridad al acreedor'... Como se ve, para los dos eminentes autores citados no hay diferencia alguna entre la prueba que debe ser suministrada en el caso del artículo 1732 y la que debe producirse en el caso del artículo 1733. Tanto en éste como en aquél exigen los dos prestigiosos profesores la prueba del caso fortuito o de la causa extraña. Las Cortes de apelación, en lo general, tampoco hacen diferencia entre uno y otro caso. Sólo que ellas —enfocando el problema en un sentido inverso— consideran que una y otra hipótesis— tanto en la del artículo 1733— basta la prueba de la ausencia de culpa, y no se requiere la del caso fortuito, término éste, que en sentir de ellas, fue indebidamente empleado en el artículo 1733. De la simple confrontación de nuestra ley

Págs.

con la francesa, en esta materia, no es posible, pues —si se profundiza la cuestión— sacar la conclusión que a primera vista parece imponerse con tanta evidencia para la solución del problema planteado en relación con nuestro artículo 2005. Si éste (piensa uno a primera vista), consagra el mismo principio del artículo 1732 del Código de Napoleón, y los autores de éste consideraron indispensable decir expresamente, y a renglón seguido que en caso de incendio sí era necesaria la prueba del caso fortuito, porque tanto ese artículo 1732 como nuestro artículo 2055 sólo exigen la prueba, que es distinta, de la ausencia de culpa; pero, profundizada la cuestión, no resulta ésta tan clara. De otra parte, la doctrina y la jurisprudencia que hasta ahora se han expuesto para relievar la insuficiencia de la referida confrontación, dejan en el ánimo —por la oposición entre la una y la otra y por el desdén con que ambas miran la diferencia de terminología en los dos textos citados— una gran perplejidad sobre este problema de la responsabilidad contractual en que —debido a la vaguedad e imprecisión de los códigos francés y colombiano, al respecto — apenas ahora comienza a salir la doctrina del estado caótico que se produjo como resultado de la falta de técnica con que los legisladores emplearon las expresiones caso fortuito y fuerza mayor. Inspirándose en la célebre distinción propuesta por Demogue entre las obligaciones de MEDIO y las obligaciones de RESULTADO (tomo V, Nº 1234), la doctrina más reciente, en un grande esfuerzo para esclarecer todos estos puntos de la responsabilidad contractual, ha presentado una muy interesante teoría sobre la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito, y sobre el criterio que debe adoptarse para distinguir los casos en que basta la primera de las expresadas pruebas de aquellos en que es necesaria la prueba. Esa teoría, que la Corte estima muy bien fundada y que aparece expuesta en el más moderno y prestigioso tratado sobre responsabilidad civil (H. y L. Ma-

Págs.

zeaud), parte de la base de que hay una diferencia sustancial entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor o de la causa extraña; explica que, 'el dominio de la ausencia de culpa comprende todos los casos en que se ignora el origen del daño', y se funda en las siguientes distinciones: 1ª En el campo contractual hay que evitar la confusión entre dos problemas que frecuentemente se involucran: el problema del CONTENIDO de la obligación y el problema de la responsabilidad contractual propiamente dicha. Este no puede ser abordado sino cuando el CONTENIDO de la obligación contractual se conoce perfectamente. Antes de resolver la cuestión de si el deudor es o no responsable, hay que resolver otra cuestión: ¿a qué estaba realmente obligado el deudor por el contrato? ¿Cuál es el contenido de la obligación contraída por ese deudor? (Mazeaud, tomo II, Nº 105). 2ª Para resolver el primer problema —el del contenido de la obligación contractual— es menester distinguir entre las obligaciones 'determinadas, precisas o de resultado' y las obligaciones 'generales de prudencia y diligencia'. En las primeras, los actos que el deudor debe ejecutar están estrictamente indicados en el contrato o en la ley supletiva, como cuando se trata, por ejemplo, de la obligación que tiene el que ha recibido a mutuo una suma de dinero de hacer el pago respectivo a su acreedor en un determinado día. En las segundas —en las obligaciones generales de prudencia y diligencia— el deudor se ha comprometido a poner toda la diligencia necesaria para llegar a un determinado resultado, que puede no ser alcanzado, a pesar de haber cumplido el deudor con sus deberes de prudencia y diligencia, como en el caso de un cirujano que, al operar a su cliente, no tiene la obligación determinada y precisa de curarlo sino la obligación de tomar todos los cuidados y precauciones aconsejados por la ciencia para evitar un fracaso y para procurar en cambio conseguir la curación del paciente. (Mazeaud, tomo I). Así

Págs.

—sin desconocer que en unas y otras la inejecución implica culpa— media entre unas y otras, por lo que respecta a la culpa y a la prueba de la ausencia de ésta, una diferencia fundamental: cuando no se trata de obligación precisa o determinada sino solamente de la obligación general de prudencia y diligencia, los jueces para determinar la existencia de culpa, tienen que entregarse a un examen de la conducta del demandado, investigar cómo se ha manejado éste, descubrir si hubo de su parte imprudencias o negligencias, y en cambio, cuando la obligación del deudor es precisa o determinada, entonces, en caso de inejecución, la responsabilidad de éste se encuentra necesariamente comprometida por el solo hecho de no haberse alcanzado el resultado, a menos que se pruebe caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, sin que sea procedente ningún examen sobre la conducta misma del deudor. Con la ayuda de todas estas distinciones, esa doctrina reciente enfoca de esta suerte el problema de los artículos 1732 y 1733 del Código de Napoleón: 'Se sabe que el primero de esos textos liberta al arrendatario de su obligación de restituir en cuanto prueba que no ha cometido culpa, a tiempo que el otro (el 1733), enfocando el caso particular en que la restitución se ha hecho imposible por incendio, no descarga al arrendatario sino en cuanto éste último pueda establecer el caso fortuito. Es que el arrendatario no tiene, en principio, en cuanto a la restitución, sino una obligación general de prudencia y diligencia, por lo cual es necesario apreciar su conducta para saber si hay inejecución'. 'Por el contrario, en caso de incendio, los redactores del código, para que el arrendatario fuera más atento, quisieron gravarlo con una obligación determinada: el arrendatario debe proteger la cosa arrendada contra los incendios; no le basta, en este caso, velar con diligencia; debe impedir la destrucción, el deterioro, por el fuego, de la cosa que le ha sido alquilada, y hay por lo tanto inejecución desde que la destrucción se produce, a menos que ella sea el

Págs.

resultado de una causa extraña, de un caso fortuito'. De conformidad con los principios generales sobre pruebas, tanto en el caso del artículo 1732 del Código francés como en el caso de nuestro artículo 2005 se presume la inejecución de la obligación del arrendatario. El arrendador no está obligado a probar que el arrendatario ha sido negligente. Es a éste a quien le incumbe establecer que ha tenido toda la prudencia deseable. Los dos textos que enfocan la obligación del arrendatario de velar con prudencia y diligencia sobre la cosa arrendada, hacen pesar sobre dicho arrendatario la carga de la prueba de la ausencia de culpa'. Pero hay que hacer notar —agrega Mazeaud— que en el segundo caso (el del artículo 1732 del Código de Napoleón, igual al inciso final de nuestro artículo 2005) el deudor suministra la prueba exigida contra él desde que establece haber obrado con prudencia y diligencia. La prueba de la ausencia de culpa es liberatoria. La ejecución queda en efecto con eso demostrada'. Concuerda esa doctrina expuesta hace muy poco por Mazeaud con la que muy sabiamente había presentado Bonnecase en el tomo III de su Suplemento: 'En ciertos casos el legislador le hace jugar a la ausencia de culpa el mismo papel que al caso fortuito y a la fuerza mayor; pero no sucede siempre lo misma, y se encuentran textos que oponen formalmente la ausencia de culpa al caso fortuito y a la fuerza mayor. Tal es el caso de los artículos 1732 y 1733, relativos a la responsabilidad del arrendatario. Según el primero de esos textos, el arrendatario se exime de la responsabilidad por la sola prueba de la ausencia de culpa; y al contrario, el artículo 1733, exige, para que se descarte la responsabilidad del hecho del incendio, que sean demostrados el caso fortuito o la fuerza mayor; el vicio de construcción o la comunicación del fuego por una casa vecina'. Refiriéndose al problema concreto de la diferencia entre la ausencia de culpa y el caso fortuito o la fuerza mayor, dice el mismo autor lo siguiente, que concuerda también con la conclusión de Ma-

Págs.

zeaud: 'Lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la técnica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador concede a la ausencia de culpa efecto liberatorio, se contenta con exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, exige el caso fortuito o la fuerza mayor, requiere la prueba de un suceso preciso y determinado independiente de toda culpa del deudor y que ha provocado la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación'. Radouant, en su clásica monografía sobre 'el caso fortuito y la fuerza mayor', afirma y explica también la diferencia sustancial entre la ausencia de culpa, de una parte, y la fuerza mayor o caso fortuito de la otra, y en cuanto a los arts. 1732 y 1733, expone la misma doctrina que expusieron después Bonnecase y Mazeaud: 'En lo concerniente a los deterioros y pérdidas sobrevenidos a la cosa durante el goce del arrendatario, éste se liberta por la prueba de la ausencia de culpa; pero cuando se trata de incendio, un régimen especial interviene; el locatario no se liberta sino por la prueba de que el incendio ha sobrevenido por caso fortuito o fuerza mayor, o vicio de construcción o comunicación del fuego por una casa vecina'. Paul Esmein —autor del tomo IV de Planiol et Ripert, citado con tan justos elogios por el recurrente— en un estudio muy reciente publicado en la 'Revue Trimestrielle' varios años después de la aparición de dicho tomo, enfocando el problema en una forma muy distinta a la que hasta ahora se ha visto, y prescindiendo, para el caso, de la referida distinción de Demogue entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, llega sin embargo —así en lo que respecta a la diferencia entre la prueba de la ausencia de culpa y la prueba de la causa extraña, como en lo atinente a la procedencia de la primera en el caso del artículo 1732 y en lo concerniente a la posibilidad de exonerarse el arrendatario de la responsabilidad

Págs.

en los casos en que la causa del daño permanezca desconocida— a conclusiones que coinciden con las antes expuestas de Mazeaud, Bonnecase y Radouant. En ese estudio, después de establecer la distinción entre la responsabilidad por culpa (que 'consiste en no prestar en la ejecución de la obligación los cuidados de un buen padre de familia') y la obligación de garantir un riesgo, asienta, que 'la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual', y en seguida, refiriéndose a la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad contractual, dice lo siguiente: '¿Pero cómo debe probar el deudor la falta de culpa? ¿Basta que pruebe el carácter diligente de su conducta, es decir, establezca que tomó en tiempo oportuno las medidas necesarias para procurar la ejecución adecuada, o es necesario que haga conocer la causa extraña que, oponiendo un obstáculo a su actividad, ha impedido la ejecución? Todas las veces en que ha prometido hacer personalmente algo y no ha hecho nada, o ha prometido no hacer alguna cosa y ha violado su promesa, es normalmente imposible que ignore la causa extraña, si existe una, a menos que no sea demente, lo que no se presume. A falta de denunciar por su parte una causa extraña se deberá presumir que la inejecución es voluntaria. Le incumbe probar la existencia de la causa extraña porque es el elemento capital de la prueba de la falta de culpa, que está a su cargo. Pero la situación no es idéntica cuando la obligación tiene por objeto la guarda y restitución de una cosa (cuerpo cierto) o de una persona, que se pierde o deteriora, sin que se establezca que el hecho es debido al hecho personal del deudor. Habiendo probado el deudor su diligencia y quedando desconocida la causa del daño, no puede decirse, como en el caso precedente, que la única hipótesis plausible es la de una inejecución voluntaria. Ocurre que en casa de un hombre diligente se produce un incendio, cuyo origen es imposible determinar. El principio de probabilidad suficiente justifica que sea bastante la prueba de una conducta diligente. Además, esta prueba deberá comportar la prueba de todas las precauciones ordenadas por los usos y los reglamentos, de acuerdo con las circunstancias. Corresponde al juez resolver si se imponía una determinada precaución. Pero respecto de toda precaución que tenga ese carácter, el acreedor puede exigir del deudor la prueba de que ha sido tomada, a falta de lo cual sobrevive la presunción de culpa, que produce la responsabilidad. Entonces, la simple presunción de culpa tiene un valor considerable. El punto esencial consiste en resolver sobre los casos en que, habiendo probado el deudor su diligencia perfecta, la causa del daño permanece desconocida, caso que no es muy frecuente en la práctica, pero que es muy importante del punto de vista teórico. Digo que las reglas sobre la carga de la prueba, aplicadas a los principios de la responsabilidad, no permiten declarar al deudor responsable, por el solo hecho de que la causa quede desconocida. No admite todo el mundo que si el deudor demuestra la causa del daño y si establece (prueba que le corresponde por las razones enunciadas), el carácter diligente de su conducta en relación a este hecho, si prueba que para prevenirlo y desviar el efecto ha hecho lo que tenía la obligación de hacer, está liberado? Entre esta hipótesis y la de la causa desconocida no existe otra diferencia que la existencia misma de esta causa desconocida. El hecho de la existencia de una causa desconocida no puede ser en sí un fundamento de responsabilidad ni de una regla de prueba. El fundamento de responsabilidad no puede encontrarse sino en la relación del deudor con esta causa desconocida. Como toda responsabilidad supone la violación de una obligación, se trata de saber si el deudor tenía una obligación de conocer el hecho ignorado. Es ésta una cuestión de derecho, porque se trata de una regla de conducta, de una obligación legal. En lo que la respecta, no es cuestión de carga de prueba. En consecuencia, puedo concluir que una responsabilidad de pleno derecho del deudor guardador de

Págs.

Págs.

una cosa o de una persona, que ha probado la diligencia de su conducta, pero que no ha podido determinar la causa del daño, que permanece desconocida, no está justificada por los principios de la responsabilidad. No podría estar obligado de pleno derecho sino en virtud de una obligación de garantía, lo que se examinará en el capítulo siguiente. Pero entonces, lo demostraré, se sale del dominio de la responsabilidad y entran en juego principios completamente distintos'. Después de estudiar las disposiciones del Código Civil a la luz de esas que él llama reglas racionales sobre la carga de la prueba, dice el mismo autor lo siguiente: 'Creo poder concluir que nada impide en derecho positivo la aplicación de la regla racional sobre la carga de la prueba y que el deudor guardián contractual de una cosa o de una persona no está obligado, cuando ha sido dañada o perdida, a probar la causa extraña, si le es posible probar por otros medios la falta de culpa'. De conformidad con esas ideas, al analizar Esmein el problema de los artículos 1732 y 1733, hace radicar la diferencia entre aquél y éste, en que el legislador quiso consagrar, en caso de incendio, la responsabilidad del arrendatario cuando la causa permaneciera desconocida, a tiempo que, conforme a la regla general de que no es necesaria la prueba de causa extraña cuando la obligación consiste en la guarda de un cuerpo cierto, cuando se trata de pérdidas y daños no provenientes de incendio, es posible la prueba de la ausencia de culpa en esa hipótesis de causa desconocida del daño. En el tomo X del mismo tratado de Planiol et Ripert, citado por el recurrente (tomo éste que se refiere en especial a los contratos de venta y arrendamiento) se lee lo siguiente: 'La interpretación de esta disposición (el artículo 1733 del Código Civil francés), despierta una seria dificultad. ¿Qué debe probar el locatario para escapar a la presunción de culpa que lo grava? Es uno de los hechos precisos enumerados por el artículo 1733, y esta enumeración es limitativa, o basta que el locatario pruebe que él

Págs.

no incurrió en culpa, estableciendo por ejemplo, que el incendio se ha producido en circunstancias que no permiten imputársela, o aun simplemente que él siempre aportó a la conservación de la cosa arrendada los cuidados de un buen padre de familia? Esta última solución se impondría, sin duda, si fuera necesario ver en el artículo 1733 una simple aplicación del principio consignado en los artículos 1302 y 1732. La enumeración de las causas de exoneración contenida en el art. 1733 no podría, por otra parte, ser considerada como limitativa. Todas esas causas, en efecto, se reducen a una sola, la indicada primeramente: el caso fortuito. El vicio de construcción y la comunicación del fuego por una casa vecina no son, para el arrendatario, sino casos fortuitos. Bastaría al arrendatario para exonerarse, probar el caso fortuito. Pero hay caso fortuito porque no hay culpa del locatario. Bastará, pues, a éste probar que el incendio no provino por su culpa, que el fuego ha tenido nacimiento en circunstancias que por su naturaleza excluyen la imputabilidad del arrendatario, o bien —si la causa permanece desconocida— establecer que él no ha cesado jamás de aportar a la conservación de la cosa arrendada todos los cuidados de un detentador cuidadoso y diligente. Esta es precisamente la solución que consagra, para la aparcería, la ley de 10 de julio de 1899, art. 4º. En virtud de ese texto, el colono aparcero responde del incendio..... a menos que pruebe que él ha cuidado la cosa como un buen padre de familia'. No parece por lo demás dudoso que esta interpretación favorable al arrendatario pueda prevalerse de los antecedentes históricos, y sea la más conforme a las intenciones del legislador moderno. Los términos del artículo 1733 reproducen poco más o menos textualmente un pasaje de Pothier. Ahora bien, se había acordado en nuestro antiguo derecho admitir que el arrendatario debe presumirse responsable del incendio, cuando la causa es desconocida, esto es, 'a falta de justificar que el siniestro no ha sucedido por su cul-

Págs. Págs.

pa mi por la de sus domésticos', y los trabajos del Código Civil demuestran que esta solución fue la adoptada. Por otra parte cuando en 1879 fue discutida una proposición de ley por la Cámara de Diputados, que tendía a la abrogación del artículo 1733, la intención del Parlamento fue la de permitir la prueba de la ausencia de culpa. Es explicable, pues, que una gran parte de la doctrina se haya afiliado a esta opinión, y que ella haya sido de una manera general consagrada en las sentencias. Otros autores la han abandonado, y ha acabado por producirse un movimiento contrario en la jurisprudencia. Para sostener que el artículo 1733 deroga el artículo 1732 en cuanto a la prueba que debe formularse por el arrendatario que quiere exonerarse de responsabilidad, se ha invocado la diferencia de redacción de los dos textos. Si el primero enumera las diversas categorías de hechos que el locatario podrá alegar en su descarga, es, se dice, porque el legislador no ha querido contentarse, en el caso de incendio, con la prueba negativa de la ausencia de culpa que admite el artículo 1782 para el caso de pérdidas o degradaciones provenientes de otras causas. Si tal no fuera la interpretación admisible, el artículo 1733, reproduciendo, simplemente, para el caso particular de incendio, las reglas generales contenidas en el artículo 1782, no sería inútil. Los precedentes históricos, y los debates legislativos relativos al artículo 1733, son abandonados como insuficientemente precisos, como la expresión de opiniones individuales. Se hace observar, en fin, que el artículo 1733, por el solo hecho de que consagra una presunción legal de culpa en contra del locatario, es un texto excepcional que debe ser interpretado estrictamente. Es, sin duda, por la influencia de esta última consideración, la sola que tenga realmente un valor jurídico, por lo que la jurisprudencia ha sido llevada a modificar su orientación primera. Cuando la mayor parte de las Cortes de apelación se rehusan aún, para admitir la exoneración del arrendatario, a la prueba hecha por él de que no había incurrido en culpa, la Corte de Casación, desde 1882, decidió que la enumeración del artículo 1733 es limitativa, e impone al locatario la prueba directa y positiva de un hecho preciso que constituya una de las causas de exoneración indicadas por el juez. La Corte de Casación ha juzgado especialmente que el locatario no podría ser admitido a probar un pretendido vicio de construcción, de donde podría resultar el incendio, si el estado de los lugares no permite establecer con certidumbre una relación de causa a efecto entre ese pretendido vicio de construcción y el siniestro. De la misma manera, el locatario no podría exonerarse de responsabilidad estableciendo que estaba ausente en el momento del incendio. Esta última solución puede justificarse, por otra parte, aun en la opinión que permite al arrendatario probar que no ha cometido culpa. Estando obligado el arrendatario a cuidar de la conservación de la cosa arrendada, no podría, en efecto, prevalerse, como medio de justificación, del abandono de esta cosa. Sería de otra manera si, por su destinación en virtud del contrato, la casa arrendada debía normalmente cesar de estar habitada en la época del incendio, si se tratara, por ejemplo, de una casa campestre'. Falta por ver en qué consiste o cómo se suministra o produce la prueba de la ausencia de culpa. Será necesario probar que ninguna de las culpas concebibles o humanamente posible fue cometida en ningún tiempo por el deudor? O, por el contrario, 'dejándole a la duda cierto lugar, bastará, para no incurrir en el absurdo de exigir la prueba de una negativa indefinida, una prueba indirecta que le devuelva a la demostración su aspecto positivo, concerniente a las precauciones que ha tomado el deudor? Esta cuestión fue insuperablemente tratada por Radouant, en su monografía ya citada. 'Un rigor más o menos grande he ahí, en efecto, frente a aquel a quien incumbe la carga de destruir la presunción, lo que distingue la prueba de la ausencia de culpa y la del caso fortuito o fuerza mayor; tal es el aspecto práctico de la cues-

Págs.

ción. Si se investiga la diferencia de naturaleza que a él corresponde, aparecerá que bajo cierto punto de vista el caso fortuito o la fuerza mayor debe ser algo más que la ausencia de culpa y que tal punto de vista es del distinto valor de la prueba. La prueba de la ausencia de culpa consiste en eliminar, sucesiva y completamente, de la conducta de un individuo, si no todas las culpas humanamente posibles, cualesquiera que ellas sean, por lo menos todas aquellas que, dadas las circunstancias concretas del caso, habrían sido por su naturaleza determinantes del hecho perjudicial determinado. Cuando se trata de la ausencia de culpa, en efecto, es necesario no olvidar que la causa permanece desconocida, porque, cuando es conocida, no se prueba la ausencia de culpa, se prueba el hecho preciso, generador del daño, que excluye la culpa. Si la causa es imposible de descubrir, todo lo que se puede hacer es mostrar que, cualquiera que sea la causa, no podría consistir ella en una culpa del individuo cuya responsabilidad está en juego. Por lo cual él demostrará que no se ha hecho culpable de las culpas que, de costumbre, son cometidas en semejante ocasión; o más bien indicará las precauciones que ha tomado, lo que dará a la prueba su aspecto positivo. La objeción de la negativa indefinida cae, pues, pero al precio de la certeza. Porque es evidente que la prueba perfecta de la ausencia de culpa sería una negativa indefinida. Para escapar a ella, es necesario dejar a la duda un cierto campo; demostrar que tales o cuales culpas no han sido cometidas no prueba que tal otra, en la cual no se piensa, no lo haya sido. De suerte que, por paradójico que ello parezca, la prueba llamada de la ausencia de culpa no es más que una prueba imperfecta e indirecta: imperfecta, porque no da la certeza absoluta de lo que ella pretende establecer; indirecta, pues sin precisar la causa del daño, tiende a certificar por eliminación que no es una culpa. Al contrario, cuando el demandado puede precisar el hecho generador, la prueba es perfecta. Nada más fácil que constatar su existencia y asegurarse que él estaba exento de culpa; pues entonces la ausencia de culpa de que se trata está concentrada en un radio estrecho, fácil de explorar, y no tiene que ser analizada bajo formas infinitas e insibles, a través de toda la conducta del individuo; por otra parte, existen multitud de acontecimientos cuya sola existencia parece por sí misma excluir la culpa. En este caso, no da ya lugar para la duda; cuando se conoce la causa precisa de un daño y se le sabe exenta de culpa, es incontestable que el hecho cuya consecuencia es, no deriva de una culpa. Lo que está demostrado es aún la ausencia de culpa pero con esta particularidad, que ella lo está con certeza, porque constituye la cualidad, fácil de constatar, de un hecho positivo directamente probado. Ahora bien, sabemos cómo se llaman los acontecimientos casi calificados por la ausencia de culpa: casos fortuitos o fuerza mayor. Llegamos, en suma, a esta conclusión: que, en todos los casos, es únicamente la ausencia de culpa lo que se trata de probar, para aportar la responsabilidad, y no podría ser de otra manera en una legislación que funda la responsabilidad, contractual o delictual, en la culpa. No hay dos pruebas para llegar a ella; pero el objeto único a demostrar es susceptible de dos modos de prueba desiguales en valor como en dificultad; el uno negativo, indirecto, que sólo proporciona una probabilidad, por poderosa que ella sea; el otro positivo, el cual facilita una certidumbre'. En el mismo sentido dice Bonnecase: 'Para los autores más recientes que han examinado de cerca el problema, la diferencia entre la fuerza mayor y la ausencia de culpa, no conduce a la distinción de dos nociones que se opongan en su esencia, sino simplemente a una situación más favorable para el deudor cuando le basta, para liberarse, demostrar la ausencia de culpa, que, cuando se trata de probar el caso fortuito o la fuerza mayor. Es ello, dicen esos autores, una especie de resultado de la convención, porque considerando y analizando las cosas más de cerca, la prueba de la au-

Págs. Págs.

encia de culpa en su forma absoluta es, si no imposible, por lo menos mucho más difícil que la de la fuerza mayor. En esta última hipótesis, en verdad, el deudor está obligado a probar la existencia de un acontecimiento preciso que haya acarreado, abstracción hecha de toda culpa por su parte, la imposibilidad absoluta de ejecución de su obligación. Por lo menos cuando semejante prueba haya sido suministrada, no habrá ninguna duda sobre la irresponsabilidad del deudor. Al contrario, constituyendo la ausencia de culpa una situación de carácter negativo, se necesitaría, inmediatamente probar, para establecerla, que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida por el deudor. Ello no se exige en realidad, y únicamente se pide la prueba de la ausencia de las culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia'. 'Es así como la ausencia de culpa —dice en otro lugar el mismo autor citado— ha llegado a representar para el deudor un medio liberatorio de acceso mucho más fácil que el caso fortuito o la fuerza mayor. Importa poco, desde luego, que ciertos autores alleguen que el caso fortuito o la fuerza mayor se relaciona con la ausencia de culpa, so pretexto de que la prueba del caso fortuito o fuerza mayor no es otra cosa que la prueba positiva de la ausencia de culpa; lo que hay de cierto es que sobre el terreno de la táctica y de la terminología jurídicas, la ausencia de culpa ha adquirido un sentido preciso por oposición al caso fortuito y a la fuerza mayor. Cuando el legislador acuerda efecto liberatorio a la ausencia de culpa, se reduce a exigir de parte del deudor una conducta normal frente a las circunstancias; cuando, al contrario, estipula el caso fortuito o la fuerza mayor, exige la prueba precisa de un acontecimiento preciso y determinado, independiente de toda culpa del deudor y acarreando consigo la imposibilidad absoluta de ejecución de la obligación'. Esmein parece más exigente en cuanto al modo de producir la prueba de la ausencia de culpa, o sea la prueba de una conducta diligente, para, como ya se vio, proclama sin vacilación, lo mismo que Mazeaud, Bonnecase, Radouant y Pérreau (en Planiol y Ripert), las siguientes conclusiones, que son las fundamentales para el caso. Primera. Hay diferencia entre la prueba del caso fortuito o fuerza mayor o causa extraña, y la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente. Segunda. En los casos en que, como en el presente, permanece desconocida la causa del daño, no es necesaria la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor o de la causa extraña, sino que puede ser suficiente la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente. (Será bastante esta prueba, según Mazeaud, si se trata de simples obligaciones de prudencia y diligencia, y, según Esmein, si la obligación tiene por objeto la guarda y restitución de una cosa). Tercera. En el caso del artículo 1732 del Código de Napoleón (que es tanto como decir en la hipótesis de nuestro artículo 2035), lo que se exige no es la prueba del caso fortuito o la fuerza mayor o de la causa extraña, sino la prueba de la ausencia de culpa o de la conducta diligente, y por ende, aun cuando la causa del daño permanezca ignorada, siempre le será posible al arrendatario eximirse de responsabilidad si en debida forma comprueba su conducta diligente, o, mejor dicho, si se establece su ausencia de culpa en esa forma negativa, indirecta, de que habla Radouant, que en verdad sólo proporciona una probabilidad, y que no consiste en la prueba del hecho preciso generador del daño, ni tampoco en la demostración de una negativa indefinida (sobre que ninguna de las culpas concebibles ha sido cometida), sino, como lo dice Bonnecase, en la prueba de la ausencia de aquellas culpas susceptibles de producirse en un caso determinado, sobre la base de los datos corrientes de la experiencia. Estas tres conclusiones constituyen, como se desprende de lo expuesto y transcrito, la síntesis de la doctrina predominante y más reciente sobre la prueba que debe producir el arrendatario para eximirse de responsabilidad

Págs.

en el caso del artículo 1732 del Código francés, o sea en el caso de nuestro artículo 2005. Y es obvio que a la luz de esa doctrina no puede prosperar el cargo formulado por el recurrente, de mala interpretación, por parte del Tribunal, del expresado texto del Código colombiano. ARTICULO 1730. — Los mismos razonamientos expuestos para desechar el cargo de violación del artículo 2005 sirven para desechar el cargo de violación del artículo 1730. Este contiene, para el caso en él contemplado, la misma artículo 1730. Este contiene, para el caso en él contemplado, la misma presunción de culpa que el artículo 2005 establece contra el arrendatario en la hipótesis de pérdidas y daños de la cosa arrendada. De tal manera que, aun aceptando la tesis del recurrente sobre la aplicabilidad a este caso del referido artículo 1730, no puede prosperar el cargo por la sencilla razón de que, según todo lo antes expuesto, esa presunción de culpa se destruye por la prueba de la ausencia de culpa en la forma antes indicada. Si, conforme al artículo 2005, el arrendatario, para eximirse de responsabilidad, tiene que probar que los daños y pérdidas no sobrevinieron por su culpa, es porque se presume que sí fueron debidos a culpa de él. Por lo tanto, el artículo 1730 nada le agrega ni nada le quita al problema. Y si, como se deja dicho, la presunción del artículo 2005 puede ser destruída sin la prueba del caso fortuito o de la causa extraña, es obvio que la presunción, no diferente, del artículo 1730, también puede ser destruída sin esa prueba". (Casación, XLIII, Nos. 1905 y 1906, noviembre 30 de 1935) ..... 176, 2ª, 177, 1ª y 2ª, 178, 1ª y 2ª, 179, 1ª y 2ª, 180, 1ª y 2ª, 181, 1ª y 2ª, 182, 1ª y 2ª, 183, 1ª y 2ª 184, 1ª

RESPONSABILIDAD DE LOS FERROCARRILES POR INCENDIOS

- 271 -

Se demandó al Departamento del Tolima, como dueño de la empresa del ferrocarril de Ambalema a Ibagué, para el pago de perjuicios causados por un incendio que ocasionó una de las locomotoras de esa empresa.

"La responsabilidad de la Empresa del Ferrocarril en el incendio ocurrido el día siete de enero está claramente establecida, porque no sólo no puso el cuidado que debía al poner a correr una máquina que sabía o debía saber que quemaba carbón y no petróleo, sino también por su omisión en hacer rondas suficientes para prevenir los incendios, como por la falta de las demás precauciones exigidas por las circunstancias, todo lo cual implica culpas, descuidos o negligencias, que por levísimas que fueran (que no lo son), dan lugar a responsabilidad, pues toda culpa se encuentra fuera del límite del derecho. Debiendo la empresa demandada poner el cuidado del caso para evitar los incendios, ha debido traer las pruebas de su cuidado y diligencia, conforme al artículo 1604 del Código Civil; y como no adujo ninguna, debe concluírse que está obligada a pagar los perjuicios que esa negligencia o descuido causó al demandante, al tenor del numeral D) del artículo 26 de la ley 76 de 1920, que ordena que las empresas férreas están obligadas "a indemnizar los daños causados a las propiedades privadas cuando son ocasionados por culpa de los empleados de las empresas'. La culpa de que habla este numeral es el daño causado sin intención de dañar; es el ilícito civil, imputable a la empresa". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, Nos. 1905 y 1906, febrero 6 de 1936) 282, 2ª

RESPONSABILIDAD POR CULPA

- 272 -

Evaristo Herrera demandó al Municipio de Bogotá para que se le condenase al pago de cierta suma de

Págs.

dinero como indemnización de los perjuicios que se le ocasionaron con una inundación causada por una avenida del río San Francisco que destruyó totalmente la casa del actor. Contra la sentencia que condenó al Municipio al tenor de la demanda, interpuso casación el Procurador General de la Nación alegando aplicación indebida de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. Casó la Corte parcialmente la sentencia recurrida para adicionarla, de acuerdo con el artículo 2357 del Código Civil, en el sentido de que los perjuicios sufridos por el actor debían reducirse en un veinticinco por ciento, y sobre el punto doctrinal de la responsabilidad por culpa, dijo lo siguiente:

"1º El artículo 1494 del Código Civil señala como fuente de obligaciones 'un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona', y trae el delito como ejemplo de esta fuente. Sin embargo, suele ser la omisión más rico origen de obligaciones que la acción misma, y es la culpa en este campo un principio de mayor fecundidad que el dolo. Sin duda alguna por cada malicioso detrimento de personas o de cosas habrá millares de daños que obedecen a descuido e imprevisión, y entre estas culpas predominan las que consisten en defecto por negligencia u olvido; por falta, en fin, de cuidar, prever y prevenir. Después que el Código Civil ha tratado cuanto concierne a contratos, dedica un título a la responsabilidad común por los delitos y las culpas. Interesa para el caso en estudio destacar esta norma que surge de los artículos 2341 y 2356: todo daño imputable a culpa de una persona, debe ser reparado. Norma objetiva que equivale a esta subjetiva: todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado. Cuando al reo de culpa se le demanda en juicio para que indemnice el daño que causó con su conducta imputable aunque no maliciosa, suele defenderse excepcionando de fuerza mayor o caso fortuito. Es esta en multitud de casos su reacción natural. Apenas habrá concepto jurídico de que se abuse tanto como se abusa del que consiste en el acaecimiento imprevisto e irresistible. Pretenden su alegación así para desviar el efecto de los contratos como para eximirse de cumplir las obligaciones que tienen por fuente una conducta culpada. El artículo 64 del Código Civil definía la fuerza mayor o caso fortuito diciendo que es el imprevisto O que no es posible resistir. Con la conjunción O, que en esta vez no separa sino que denota equivalencia, se identifica en cierto modo la imprevisibilidad con la irresistibilidad. Más científico el legislador de 1890, en el artículo 1º de la ley 95 de ese año cambió la conjunción O, en donde se leía 'en lo mismo', por la preposición A, que denota el complemento de la acción del verbo. Así, en lugar de 'el imprevisto O que no es posible resistir', dijo 'el imprevisto a que no es posible resistir'. Cambiada la conjunción por la preposición surgieron con toda nitidez los dos caracteres de la fuerza mayor o caso fortuito, a saber: imprevisto e irresistible. PREVER, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene en terminología culposa la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí que cuando una persona, jurídica o natural, no evita el daño evitable, se dice que no lo previó ni lo previno, lo cual la inhibe para alegarlo como causa de liberación, pues entonces la culpa precede y contribuye a su advenimiento. La persona no ha empleado toda la diligencia y pericia necesarias para evitar los efectos de la fuerza irresistible. Si no se previó el accidente pero se le puede resistir, no habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral sin suficiente violencia para ser irresistible, aunque no se haya pensado en ella. Si el accidente es irresistible pero debió preverse, tampoco habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquiera fuerza física o moral, a que no pueda resistirse pero que pudo evitarse en sus consecuencias. El anterior Código Judicial, en sus artículos 479 y 481, exige que el accidente sea inopinado e invencible y que el caso fortuito se deba a una causa desconocida e in-

Págs

Págs.

Págs.

previsla que no fue posible evitar. Si el Tribunal de Bogotá, al apreciar las pruebas directas e indirectas que campean en el juicio, estimó que el distrito no puso los medios necesarios para evitar o impedir el riesgo de las inundaciones, obró jurídicamente al aplicar los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, preceptos que no tenía por qué atemperar, como lo pretende el recurrente, al especialísimo del 640. En sentir del Tribunal hubo relación de causalidad entre la conducta del distrito y los perjuicios sufridos por el actor. Su sentencia puede traducirse así: fue una avenida del río San Francisco la que inundando la casa de Herrera produjo su ruina; el distrito no pudo impedir la avenida porque la creciente impetuosa del río fue el resultado de un fuerte aguacero, pero sí pudo impedir la inundación de la casa ejecutando obra u obras que conjuraran la contingencia del daño. Si no las ejecutó, hallándose en capacidad de hacerlo, sería por falta de cautela, pues las anteriores inundaciones, los advertimientos del propietario y el dictamen de los empleados municipales, eran elementos de juicio conjetural, suficientes para que persona avisada se precaviera y guardara de daños que podían sobrevenir. En resumen, juzgó el Tribunal que el daño no se hubiera causado sin la culpa del distrito. Mazeaud define la culpa diciendo que es el error de conducta en que no hubiera incurrido una persona avisada, hallándose en las mismas circunstancias externas en que estuvo el autor del daño. Ya observó la Corte, en sentencia de fecha 20 de agosto de 1935, que en tales casos, de acuerdo con la teoría llamada de la CAUSALIDAD OCASIONAL, para que el demandado responda de perjuicios basta que entre las diversas causas, cuya concurrencia produjo el daño, existiera alguna que le sea imputable, salvo que también haya responsabilidad de la víctima, caso en el cual reparan demandante y demandado, reos ambos de culpa. 4. El señor Procurador no ha demostrado haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, al hacer la apreciación de las pruebas". (Casación, XLIII, números 1909 y 1910, mayo 26 de 1936). 584, 1ª y 2ª y 585, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO DE OTRO EN ASUNTOS DE SEGUROS

- 273 -

En juicio sobre pago del valor de un seguro en que la compañía demandada sostuvo, en el recurso de casación intentado por el actor, que la manifestación del secretario al asegurado de que la póliza no había caducado no tenía valor alguno por no habérsele autorizado para hacer esa manifestación, hizo ver la Corte que el secretario sí estaba autorizado para firmar las cartas referentes a los asuntos de los asegurados y que sería funesto que las aseveraciones, cartas y otros documentos de los empleados de las compañías de seguros fueran desautorizados después por los altos empleados de esas corporaciones. Agregó, además, sobre el punto de responsabilidad por hecho de otro:

"Se ha sostenido por la parte demandada que el secretario de la compañía se excedió en sus facultades por cuanto no tenía poder para firmar la carta de 9 de septiembre de 1931. Suponiendo, por hipótesis, que esto fuera así, surgiría entonces la cuestión de responsabilidad por el hecho de otro, punto sobre el cual la Corte hace las siguientes consideraciones: Cuando la teoría sobre la responsabilidad por el hecho de otro se aplica a los industriales o a los comerciantes, es decir, a las personas y entidades que actúan y especulan empleando agentes, la responsabilidad por las faltas del personal se justifica por la idea de EMPRESA, de la misma manera que el riesgo de los accidentes que acaezcan al personal de esas industrias; el patrón, el gerente, saca provecho de la actuación de sus subordinados y de ahí que deba soportar los riesgos de la empresa, entre

Págs.

los cuales figuran los hechos derivados de la mala dirección de un agente. Esta responsabilidad, según le asientan los más modernos expositores, como Planiol et Ripert, es más rigurosa que la que recae sobre los padres de familia, sobre los institutores, porque no se admite ninguna excusa; el comitente no está autorizado para probar que él no ha cometido ninguna falta y que de él no ha dependido impedir que el acto se cumpla. En estos casos, la falta del agente, sea por omisión o por extralimitación, crea relaciones personales con el comitente, que se traducen en una acción de perjuicios por responsabilidad; pero el comitente no puede oponer esa falta como excusa a terceros que procedieron de acuerdo con la actuación del agente. De ahí el principio fundamental del artículo 2347 del Código Civil, que extiende la responsabilidad no sólo a los hechos propios de una persona, sino a las actuaciones de sus subordinados y dependientes. Y a esta misma conclusión se llegaría si se considerara la cuestión, por el aspecto de la culpa IN CONTRAHENDO, culpa que no perjudicaría a los beneficiarios, sino que crearía una relación jurídica, por responsabilidad, entre el secretario y la compañía, porque de los elementos que constituyen dicha culpa no podía sacar partido la compañía contra terceros beneficiarios, sino únicamente contra su agente o comitente, porque, según ya se vio, los terceros se atienen a los informes provenientes de los empleados que son órgano de comunicación con los interesados. Y los anteriores principios sobre responsabilidad consagrados por el Código Civil, son aplicables a casos como el presente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 182 del Código de Comercio, que estatuye que los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvas las modificaciones que establecen las leyes especiales de comercio". (Casación, XLII, Nº 1904, marzo 24 de 1936) ..... 69, 1ª y 2ª

Págs.

RESTITUCION DE BIENES DESTINADOS A UN SERVICIO PUBLICO

- 274 -

El Orfelinato de San José de Caldas demandó al Departamento para el pago del valor de una zona de terreno de propiedad del Orfelinato ocupada por el Departamento y, en subsidio, para la restitución de ese lote, en el cual tenía el ferrocarril de Caldas construída la estación y algunas otras obras. Prosperó la acción subsidiaria de reivindicación. La Corte dijo que debió decretarse más bien el pago del valor de la zona ocupada por el ferrocarril, de acuerdo con el artículo 739 del Código Civil, y en cuanto a la restitución dijo lo siguiente:

"Es oportuno agregar, en apoyo de la conclusión a que llega la Corte sobre el pago del valor del lote, que la restitución del predio decretada por el Tribunal de Manizales, está en oposición con principios de derecho generalmente reconocidos y aplicados por la doctrina y la jurisprudencia. La justicia no puede, cerrando los ojos a la realidad, decretar la devolución de un bien destinado y apropiado ya para objetos de servicio público. Debe en cambio decretar, en tales casos, el pago de un valor o la indemnización correspondiente. Son muy claras y acertadas, en concepto de la Corte, las nociones y postulados que en seguida se reproducen, del profesor Gastón Jéze, en su obra 'Cours de Droit Public', edición de 1930: 'Los contratos celebrados por la Administración se dividen en dos grandes categorías: 1ª Los contratos hechos con el fin de asegurar el funcionamiento de un servicio público, y sometidos a reglas especiales (régimen jurídico de Derecho Público). Ejemplos: licitación de trabajos públicos, contrato de concesión de servicio público etc. Estos son los contratos administrativos propiamente dichos. 2ª Los contratos de derecho civil celebrados por la Administración con el objeto de asegurar el funcionamiento de un servicio público, pero regulados por el derecho privado. Ejem-

Págs.

pios: ciertos contratos de arrendamiento de cosas, de arrendamiento de servicios, de compraventa, etc.' '....IX. El objeto del presente estudio es el de buscar las reglas aplicables: 1º A la celebración de contratos hechos por la Administración. 2º A la ejecución de esos contratos. 3º A la terminación de los mismos. Esas reglas son siempre tomadas del derecho privado: a veces se trasladan pura y simplemente de él, y a veces, lo más frecuente, son más o menos modificadas. X. Las modificaciones tienen siempre una misma razón de ser, y como regla segura, la de facilitar el funcionamiento del servicio público. Esta idea matriz es la que domina todo el derecho público francés moderno. En derecho público francés, las reglas sobre los contratos se inspiran en las ideas generales que justifican tales reglas en derecho privado; pero se combinan esas ideas con las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos'. (Páginas 6 y 7). 'El contratante no puede enfrentar a la administración su interés particular. Este no es suficiente para entrabar el funcionamiento regular del servicio público. El contratante no tiene el derecho de exigir una prestación en condiciones que no correspondan a las necesidades del servicio público. Pero hay una circunstancia esencial: el interés privado del contratante no será sacrificado. El derecho de la administración de hacer primar el interés general sobre el interés particular es incontestable. El interés privado del contratante es legítimo; si fuese sacrificado pura y simplemente, sufriría el contratante, sin indemnización, una expropiación de su derecho por causa de utilidad pública. La solución correcta del problema consiste, pues, por una parte, en reconocer a la administración el poder de modificar el alcance de las obligaciones del contrato, y aun de ponerle fin en cualquier momento; y de otra, en reconocerle al contratante una indemnización pecuniaria por el perjuicio sufrido'. (Gastón Jéze, obra citada, página 222)". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, octubre 10 de 1935)..... 95, 1ª y 2ª

Págs.

RETROACTIVIDAD

- 275 -

Para los efectos de aplicarle a un individuo una pena por el delito de deserción del ejército, se le consideraba como soldado desde unos días antes al en que fue dado de alta.

"En materia penal es un postulado no discutido el de que los efectos de una calidad personal determinada no pueden retrotraerse, para aplicar o para agravar una pena, a tiempo anterior al de la adquisición de esa calidad". (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, Nos. 1911 y 1912, septiembre 15 de 1936) 345, 2ª

RETROVENTA

- 276 -

En un juicio de reivindicación en que prosperó parcialmente la acción sobre algunos bienes reivindicados, alegaba el actor recurrente la violación de los artículos 1939 y siguientes del Código Civil, referentes a la retroventa.

"Cuatro objeciones hizo el Tribunal a la escritura Nº 1389 de 14 de julio de 1899, por la cual Jiménez cedió a Suárez los derechos de herencia correspondientes a dos Hurtados Benitos en la sucesión de Luis. Primera objeción, la de que no se pusieron los linderos de los inmuebles. Segunda objeción, la de que no se expresaron las cuotas adjudicadas en los inmuebles. Tercera objeción, la de que no se hizo el registro en el libro Nº 1º. Cuarta objeción, la de que liquidada una sucesión no cabe ceder derechos en ella. Apunta la Corte que el instrumento de que se trata puede tomarse como indicativo de una cesión de derechos hereditarios si se mira a su tenor literal, o como significativo de una venta de cosas adjudicadas ya, si se atiende al espíritu de la operación. Consecuencia de ello sería una disyuntiva, a saber: en la primera hipótesis no sirve tal escritura de título para reivindicar cosas singulares; en la segunda hipótesis tampoco sirve para el mismo fin, porque la escritura no fue registrada en el

Págs.

Libro Nº 1º. Dentro de las ideas sostenidas por el Tribunal, que ve en el pacto de retrovendición una nueva compraventa, aquel apunte de la Corte sería jurídico y de una lógica impecable el dilema que de ahí se desprende. Pero esas ideas no deben prosperar. Las voces/bles retroventa y retrovendendo sugieren el concepto de un segundo negocio en que se invierten los papeles de vendedor y comprador, para que el dominio vuelva al primero; segundo negocio en que se paga el precio de la cosa y se reclama la tradición de ella. Tales voces resultan engañosas porque están mal empleadas. Parece preferible hablar de reversión y rescate, o, como lo propone Vélez, 'de recobro y quizás de retracto convencional'. Este convenio accesorio a la compraventa no es más que una condición resolutoria expresa, consistente en la facultad que se reserva el vendedor de recobrar lo que ha vendido, condición cuyo cumplimiento invalida la compraventa, extingue el derecho del comprador y restituye las cosas al estado que antes tenían. El comprador había adquirido la propiedad de lo comprado, pero a carta de gracia, como enseñaban los antiguos; su derecho desaparece al cumplirse una condición potestativa que depende de la voluntad del vendedor. En el momento en que éste hace el reembolso se efectúa la resolución del contrato. No hay, pues, nueva venta hecha por el comprador al vendedor. En vez de nacer un contrato, se ha extinguido otro por el evento de la condición resolutoria: distractus potius quam novus contractus. Retrayendo el vendedor, redime la cosa vendida y queda subrogado en los derechos del comprador. Simultáneamente vienen la retracción y la retrotracción. La primera obra hacia el tiempo pasado; se finge por la segunda que las consecuencias del recobro comenzaron en tiempo anterior a aquel en que se consumó el acontecimiento resolutorio. Suárez había adquirido de Jiménez ciertos derechos hereditarios por la escritura Nº 1129, de 1º de julio de 1898. Tales derechos volvieron al patrimonio del segundo, a título de venta

Págs.

con pacto de retrovendendo, según la escritura Nº 1229, de 16 de julio de 1898. Jiménez retrovendió a Suárez, por escritura Nº 1399, de 14 de julio de 1899, otorgada cuando ya habían sido inscritas la partición, la sentencia que la aprobó y el auto de ejecutoria de esta sentencia, requisitos cumplidos el 1º de los mismos mes y año. Observa el Tribunal que los inmuebles no fueron delimitados, que las cuotas carecen de determinación, que una escritura por la cual se transmiten inmuebles debe ser inscrita en el libro Nº 1º y que liquidada una sucesión no cabe ceder derechos en ella. Tuvieran importancia estas observaciones del Tribunal, si el cumplimiento del pacto de retrovendición implicara una nueva compraventa. Pero la Corte no puede acoger esta doctrina. Ella sostuvo la teoría de ser el retrovendendo una condición resolutoria expresa, en sentencia de 22 de noviembre de 1906, publicada en los números 896 y 897 de GACETA JUDICIAL, sentencia a que pertenecen estos dos párrafos: 'Si pues, la venta con pacto de retroventa queda sometida a una condición resolutoria expresa, y una vez cumplida ésta se verifica de pleno derecho la resolución, según se deduce del artículo 1544 del Código Civil, teoría que aceptan ambas partes, es claro que el vendedor recobra el dominio de la cosa vendida sin necesidad de que se efectúe un nuevo acto traslaticio de dominio, sin necesidad de que un nuevo instrumento público en que este conste se registre, y sin necesidad, por último de que un nuevo registro cancele el de la escritura en que se hizo constar la venta con pacto de retroventa, pues la resolución de ésta, efectuada de pleno derecho, extingue el dominio revocable que tenía el comprador, y la cosa queda nuevamente en el patrimonio del vendedor, quien continúa siendo dueño de ella y con derecho a poseerla en virtud de los títulos por los cuales la había adquirido; que a no ser esto así habría que aceptar el absurdo jurídico de que perdido para el comprador, por la resolución de la venta, el dominio condicional que había adquirido, podía sin embargo

transmitir ese derecho, que no tenía, al vendedor o a un tercero. Dedúcese de lo que se acaba de decir, que es infundada la causal de casación proveniente de la infracción de los artículos 764, 765, 673, 756, 2614, 788 y 1871 del Código Civil, puesto que la violación de estas disposiciones la hace depender el recurrente Del Corral de la errónea doctrina que su apoderado en segunda instancia sostuvo, alegando que para que se efectúe la retroventa es indispensable el otorgamiento de una nueva escritura de venta, de un nuevo acto traslaticio de dominio en que esto se haga constar, y una nueva inscripción de ese instrumento, teoría que aun su mismo apoderado ante la Corte rechaza al admitir, como se ha visto, que el pacto de retroventa constituye una condición resolutoria expresa, condición que una vez cumplida produce de pleno derecho la resolución de la venta y consuma el retracto'. Se tiene, como resultado de lo expuesto, que hecho el reembolso por Suárez, según consta en escritura N° 1389, de 14 de julio de 1899, la retroacción llevó los efectos de esa escritura al día en que fue otorgada la número 1229 de 1898, y colocando al retrayente del 99 en el puesto que tenía el vendedor del 98, hizo que la retrotracción operara el fenómeno ficto de imaginar y admitir a Suárez, no ya a Jiménez, como adjudicatario de los bienes que en la sucesión de Luis Hurtado concretara los derechos hereditarios de Marcelo Hurtado Benito y Rafaela Hurtado Benito de Escobar. En este caso opera de pleno derecho la condición resolutoria expresa, sin necesidad de intervención judicial, y con las restricciones legales. Véanse el artículo 1545 y sus concordantes del Código Civil. La doctrina y la jurisprudencia colombianas asignan carácter extintivo a la condición de retrovender, con apoyo en la índole de este pacto accesorio. No hay en Colombia un precepto explícito como el 1658 del código francés, según el cual 'el contrato de venta puede ser resuelto por el ejercicio de la facultad de rescate....'" (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 12 de 1936) (1)

Págs. 612, 1ª y 2ª, y 613, 1ª y 2ª

S

SECRETARIO

- 277 -

Un secretario de un Tribunal omitió pasar al estudio del magistrado un memorial porque "se estaba sacando en limpio en la secretaría el auto que falla el recurso". Acusado y seguido juicio de responsabilidad, el Tribunal sobreseyó en el sumario. Dijo la Corte:

"La afirmación de que se estaba sacando en limpio el auto que fallaba el recurso es cierta y lo testifica el magistrado sustanciador al folio 14 vuelto, aunque de manera general, pues dice que los autos y sentencias dictados por los magistrados los saca en limpio el empleado del respectivo magistrado, bajo la vigilancia del secretario, como lo dispone el reglamento. Pero de este hecho no se deduce que presentado el memorial no hubiese el secretario de dar cumplimiento al artículo 350 del Código Judicial, que dispone que debe poner al despacho los memoriales que presenten las partes con los autos a que ellos se refieren, expresando la fecha de su presentación. La resolución de esos memoriales compete al juez, pues los secretarios sólo pueden rechazar los escritos irrespetuosos, pero consultando —dice el numeral 17 del artículo 121 del Código Judicial— previamente al juez o magistrado respectivo, para evitar abusos y dificultades—. De lo expuesto se deduce que el secretario del Tribunal de Tunja faltó u omitió uno de sus de-

(1) Casó la Corte la sentencia recurrida. Concuerda con la doctrina aquí expuesta por la Corte la sentencia relatada en el número 2840, tomo 1.o, Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

beras, aunque estuviese escudándose en limpio el auto que terminaba el recurso. Y aun cuando estuviese ya formado el criterio del juzgador, pues no hay auto ni sentencia en sentido legal sino una vez que esté autorizado con la firma del respectivo juez". Concluye la Corte diciendo que como en toda violación de la ley se supone voluntad o malicia, se hallan reunidos los elementos necesarios para abrir causa criminal, por lo cual revoca el sobreseimiento consultado. (Casación, XLIII, número 1904, abril 15 de 1936)..... 87, 1ª, y 88, 1ª

SEGUNDA CAUSAL DE CASACION

- 278 -

Alegaba en casación el demandado recurrente en un juicio de reivindicación que prosperó ante el Tribunal sentenciador, que en los considerandos del fallo no se había analizado especialmente la excepción de prescripción extintiva propuesta.

"El artículo 520 del Código Judicial señala como segundo motivo de casación no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Más explícito el 2º de la ley 169 de 1896, expresaba el alcance de esta causal, diciendo que procedía, ya porque se resolviera sobre puntos ajenos de la controversia o se dejara de resolver sobre algunos de los que habían sido objeto del litigio, ya porque se condenara a más de lo pedido o no se fallara sobre alguna de las excepciones perentorias alegadas, cuando era el caso de hacerlo. Pero no por haber suprimido la nueva ley todas esas proposiciones, deja de ser procedente la casación por el segundo motivo cuando ocurre cualquiera de los casos previstos en la antigua. De ahí que aún sea anulable una sentencia cuando el Tribunal se abstiene de fallar, explícita e implícitamente, si fuere el caso de hacerlo, sobre las excepciones perentorias alegadas. Lo natural es que el sentenciador las estudie en la parte motiva y decida sobre ellas en la resolutiva. Pero no puede afirmarse que el fallo carezca de consonancia cuando luégo de tomar en cuenta las excepciones se pronuncia de acuerdo con lo que sobre las defensas expuso. Tampoco hay falta de conformidad entre lo discutido y lo sentenciado, cuando se decide sobre las defensas, una a una o agrupándolas, aunque en la parte considerativa no se haga su análisis. El haber sido adoptada esta conducta por el Tribunal no alcanza a motivo de casación, cualquiera que la parte resolutiva aparece completa a pesar de que en la considerativa se incurriera en tales omisiones, bien explicables desde luego que no admitida la excepción implícitamente quedó estudiada la prescripción extintiva". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, agosto 12 de 1936) (1)..... 607, 2º, y 808, 1ª

SEGURO

- 279 -

El secretario de una compañía de seguros le había manifestado en una carta dirigida al asegurado que su póliza no había caducado. En juicio que sus herederos intentaron contra la compañía sobre pago del valor del seguro opuso la compañía demandada la defensa de que el secretario no estaba autorizado para hacer tales manifestaciones. En casación hizo ver la Corte que el gerente de la compañía demandada sí había autorizado al secretario para firmar las cartas referentes a los asuntos de los asegurados, y agrega:

"Vistas las cosas en un campo real, lo cual puede hacer la Corte, considerando que de autos aparece que el secretario de la compañía es el intermediario con los asegurados, se deduce rectamente que éstos se atienen a lo que les diga la compañía, por medio de su órgano de comunicación que es el secretario, cosa que pasa con ciertas organizaciones como las compañías de seguros

(1) Concordancias: Nos. 1912, tomo 1o. Jurisprudencia de la Corte, 1291, tomo 3o., 609, 1954, 1969, tomo 3o.

Págs.

y los bancos, en que no son siempre los gerentes o directores quienes directamente se comunican con los particulares interesados, sino otros empleados, como los secretarios, de esas instituciones. El particular le da plena fe al dicho de esos empleados y no tiene por qué acudir al dicho de los supremos directores o gerentes para que ratifiquen lo dicho por los secretarios o empleados, que son órgano de comunicación con los particulares. De otro modo sería muy difícil la marcha de esos establecimientos, y si lo anterior es lo que generalmente sucede, sería funesto para entidades tan respetables y de tantos negocios como la compañía demandada, o como los bancos, que las aseveraciones y las cartas y demás documentos de los empleados, órganos de comunicación con los particulares, fueran después desautorizados o tenidos como de ningún valor por los altos empleados de esas corporaciones. Y lo anterior no es nuevo; no sólo en la jurisprudencia extranjera, sino en la colombiana, se ha sostenido la tesis que acaba de exponerse, y por eso la Corte, en sentencia de 8 de marzo de 1926, dijo lo siguiente: 'La teoría y la jurisprudencia en materia de seguros tiene aceptada la doctrina de que las firmas de los empleados o agentes de una compañía aseguradora, recomendados y reconocidos por ella para tal fin, pueden válidamente firmar las pólizas y obligar por ello a su principal, sin que se pueda oponer a las personas que han negociado de buena fe con esos empleados o agentes, la excepción de haber excedido estos límites, de sus instrucciones". (Casación, XLIII, Nº 1904, marzo 24 de 1936) 68, 2ª

SENTENCIA

- 280 -

"Las sentencias se dividen en condenatorias, declarativas o reconocitivas; y constitutivas o modificativas; según sea la naturaleza de las acciones ineradas, esto es, de acuerdo con el contenido de cada una de las súplicas de la demanda. Las sentencias de condena se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia del derecho que se reconoce o declara. (Por ejemplo, sentencias que estimen las acciones de los artículos 946, 1605, 1610, 1612, 2325, etc., del C. Civil; 180, 553, 831, 1103, 1111, etc., del C. Judicial). La sentencia declarativa o reconocitiva, cuyo ámbito de aplicación es bastante reducido, se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante. Esta sentencia, pues, sólo constata, reconoce o declara lo que es derecho, pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior, como sea derecho. (Por ejemplo, arts. 76, 77, ss., 90, 92, 95, 96, 346, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 407, 585, 586, 587, 588, 590, 591, 592, 593, ss., 597, 601, 942, 1303, 2008, 2189, 2534, etc., del C. Civil, y en general, las acciones de reconocimiento, legitimidad o ilegitimidad de un documento público o privado, como también, por lo regular, las sentencias que desestiman una acción). Lo común a esas dos clases de sentencias consiste en que ambas reflejan la situación jurídica tal como ella es. En cambio, las sentencias constitutivas o modificativas, no solamente declaran lo que es, sino que constituyen algo nuevo, porque introducen una estructura nueva en la situación jurídica presente. Estas sentencias no son susceptibles de condena, porque no la necesitan, ya que lo que se persigue queda concedido en la sentencia misma. (Por ejemplo: artículos 140, ss., 216, ss., 247 ss., 312, ss., 335, ss., 339, ss., 868, inciso 1º, 6º, inciso 2º, 1405, 1740, 1741, 2124, ss., del Código Civil; 862, 1134, etc., del Código Judicial). La anterior clasificación conceptual de los fallos está implícitamente aceptada por nuestro derecho positivo en los artículos 471 y 472 del Código Judicial". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, abril 2 de 1936) ..... 757, 2ª y 758, 1ª

Págs.

SENTENCIA

- 281 -

Aunque el veredicto de un jurado había sido afirmativo en el sentido de declarar responsable al acusado de los delitos de resistencia a la autoridad y heridas a un empleado público, el Tribunal absolvió al procesado basándose en que no había prueba legal de la existencia del cuerpo del delito.

"....Ante un veredicto afirmativo del jurado no es dable a un juez o tribunal de instancia absolver al procesado sino declarar injusto tal veredicto —si fuere el caso— como lo dice el señor Procurador General de la Nación, o anular el procedimiento, si esto es lo pertinente". (Casación, XLII, Nos. 1905 y 1906, marzo 27 de 1936)..... 214, 2ª

SERVIDUMBRE

- 282 -

Habiendo adquirido Jorge Alejandro Ritchie el derecho de usar de determinadas aguas que pasaban por predios de diversas personas para el servicio de una planta eléctrica en la población de Anolaima, como se le impidiese su goce por algunos de los dueños de los predios por donde ellas pasaban, les demandó en juicio ordinario de restitución del goce de las aguas y para que fuesen condenados a restituir igualmente "el dominio y posesión de la toma y acequia de aguas llamada 'Toma de los Foreros' y el de una segunda toma nueva que en el año de 1924 construyó el actor 'en tierras de Esteban Nieto y Luis Rojas'. En casación intentada por los demandados acusaron la sentencia del Tribunal como violatoria de los artículos 946 y 952 del Código Civil. Dijo la Corte:

"La acción de dominio no mniere sino a los derechos reales, salvo el de herencia. Pero para que sea procedente el ejercicio de ella, en relación con el derecho real de servidumbre, es necesario acreditar que se es dueño del predio dominante. Las servidumbres se hallan inseparablemente ligadas al fundo dominante, debido a que por su esencia jurídica son derechos accesorios. De ahí que una servidumbre no pueda ser cedida, embargada o hipotecada separadamente, como tampoco pueda destacársela del fundo dominante para ser transportada. Las servidumbres no se transmiten sino, activamente, con la propiedad del predio dominante, y, pasivamente, con el derecho de dominio sobre el predio sirviente. Dado que las servidumbres no pueden ser establecidas en favor ni a cargo de una persona, su objeto está limitado por la atribución al propietario del fundo dominante de una parte de las ventajas que trae consigo el señorío sobre el fundo sirviente. Este es el motivo por el cual algunos expositores de derecho aseveran —y la Corte con ellos— que las servidumbres son relaciones jurídicas entre dos heredades pertenecientes a distintos dueños y no entre personas, y también que su ejercicio debe sujetarse a su destinación, esto es, que el servicio de las servidumbres comporta no solamente fronteras materiales, sino también los límites de orden económico que se deducen de su objeto. Las servidumbres son indivisibles, a causa de lo cual no se pueden establecer a cargo de un fundo perteneciente en común a dos o más personas, sin el consentimiento de todos los copropietarios. De las pruebas traídas al juicio, del contexto mismo de la demanda y de los títulos presentados por el demandante, no aparece la existencia del fundo dominante, ni, por consiguiente, la transferencia de la servidumbre con la propiedad de éste, ni tampoco el objeto de ese derecho accesorio. En efecto, Ritchie así lo confiesa en la séptima de las posiciones que absolvió: 'Diga cómo es cierto que dichas tomas no atraviesan predios de propiedad del absolvente? Contestó: Es cierto; son servidumbres mías'. ....Por último, la Corte, como puede verse en la sentencia del 2 de julio de 1920, ha venido exigiendo la prueba de la existencia de un predio dominante para poder reconocer una servidumbre. Lo dicho es suficiente para estable-

Págs.

cer que Ritchie no es titular de ningún derecho real de servidumbre, por cuyo motivo el Tribunal violó los artículos 946 y 952 del Código Civil, invocados por el recurrente, y, en consecuencia, es necesario casar la sentencia". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, febrero 28 de 1936) (1) .....

SERVIDUMBRE DE TRANSITO

- 283 -

Isaías Aristizábal (padre) vendió a Onofre Serna "un lote de terreno en propiedad, ubicado en el punto denominado Mesopotamia, que hace parte del que hubo por compra hecha a Joaquín Gómez", estipulando en la cláusula tercera de la escritura: "Que de esta misma fecha entrega lo vendido al comprador con las acciones consiguientes, siendo comprometido el vendedor a permitir el camino por el predio de éste y el comprador a sostener el cerco que corresponde en lindero con el predio del vendedor, esto de por vida". Serna vendió parte de lo comprado a Faustino Vargas, e Isaías Aristizábal (hijo) adquirió, en parte por herencia y en parte por compras hechas a los otros herederos, la finca "Mesopotamia", comprada por su padre a Joaquín Gómez y de la cual había vendido un lote a Serna. Demandó Isaías a Serna y a otras personas para que se declarase que esa finca no estaba gravada con servidumbre de tránsito a favor de los demandados. Como recurriese en casación de la sentencia que negó lo pedido en la demanda, alegó la violación de varios artículos del Código Civil, sobre lo cual dijo la Corte:

"Los tres primeros cargos —y por ello se les considera conjuntamente— se basan todos en la siguiente tesis sostenida por el recurrente: Para la constitución de una servidumbre de tránsito es indispensable que, en la respectiva escritura pública, se determinen con precisión, y por sus linderos, tanto el predio dominante como el predio sirviente, y que, en el supuesto de que para la determinación exacta del predio sirviente fueran admisibles elementos extraños al respectivo instrumento público, en el caso presente no se llegó a demostrar que la finca del demandante, tal como figura descrita en la demanda, fuera el predio sirviente en relación con el fundo de que habla la escritura que se invoca como título de servidumbre. En relación con esta tesis que el recurrente repite al fundamentar cada uno de los tres primeros cargos, la Corte considera: 1º Los principios consagrados por nuestra ley respecto al título mismo de constitución de las servidumbres discontinuas y aparentes, en los textos que el recurrente cita como violados, se reducen a esto: a) Debe constar en escritura pública (artículo 760); b) Dicha escritura debe ser registrada (artículos 759, 760 y 2652); c) En esa escritura pública —que puede ser especial para la constitución de la servidumbre o referirse principalmente a otro contrato distinto, como a una enajenación en que se estipule accesoriamente la constitución de la servidumbre — debe el dueño del predio sirviente expresar su voluntad de constituirla y el dueño del predio dominante su voluntad de aceptarla (artículo 760). Esas y no otros son los requisitos exigidos en los artículos citados por el recurrente para el título constitutivo de la servidumbre. 2º Respecto de las expresiones, términos, palabras o locuciones empleadas para la constitución de la servidumbre (no se habla por el momento de linderos a los cuales se referirá la Corte adelante), nuestra ley no exige ni podía exigir fórmulas sacramentales: el juez, en cada caso, y teniendo para ello una completa libertad de apreciación, decide, en vista del modo como se han expresado las partes, si efectivamente se ha constituído una servidumbre, y con qué características, en qué extensión, y en cuáles condiciones. Los jueces de instancia son, por lo demás, soberanos — dicen Baudry-Lacantinerie et Chauveau— para la interpretación del título de manera de encontrar

Págs.

717, 1ª y 2ª, y 718, 2ª

(1) Concordancias: véanse las doctrinas de casación que contienen los números 3784, 3792, tomo 1o., Jurisprudencia de la Corte.

Págs.

en la certún intención de las partes la voluntad de establecer una servidumbre'. En el mismo sentido dicen Aubry et Rau (parágrafo 250, nota 12 bis): 'Observamos, sin embargo, que los Tribunales tienen en esta materia, como en las demás, el derecho de interpretar las convenciones y deducir la verdadera intención de las partes. Su apreciación a este respecto es soberana'. 3º En otro orden de ideas, la ley, enfocando, no ya la cuestión especial de los requisitos propios de la constitución de servidumbres, sino la cuestión general de los requisitos que deben reunir las escrituras públicas y los registros de ellas, establece, en los textos citados por el recurrente como violados lo siguiente: a) Que si en el instrumento público se tratare principal o accesoriamente de inmuebles, se pondrá constancia de ubicación de éstos y de sus LINDEROS (artículo 2534); b) Que todo título o documento que se presente al registro deberá consignar claramente el nombre, la situación, LOS LINDEROS y el valor de las fincas y las demás circunstancias que en su caso contribuyan a hacer conocer perfectamente el acto o contrato. Pero agregó el legislador, en los artículos 2654 y 2595 que la determinación de los linderos de que habla el artículo 2594, no es una formalidad sustancial cuya falta invalide el instrumento, y que no se anulará el registro por falta de los linderos, si, 'por lo que del mismo registro conste, y por lo que resulta del título al cual se refiere el registro, pueda venirse en conocimiento de lo que en tal registro se eche de menos'. 4º Ninguna de las citadas disposiciones legales fue, por tanto, violada por el Tribunal al considerar éste que la cláusula tercera antes trascrita del contrato de 24 de febrero de 1912 es un título constitutivo de la servidumbre de tránsito de que se ha hablado, pues si bien es cierto que no aparecen allí los linderos del predio sirviente, sí aparecen los del predio dominante, y además, por una parte, constar en el propio instrumento: la situación y el nombre del predio sirviente, y el modo como éste fue adquirido (compra hecha a

Págs.

Joaquín Gómez) y, por otra parte, de las posiciones absueltas en primera instancia por el demandante, resulta con absoluta claridad que dicha cláusula tercera no sólo tiene el sentido de una constitución de servidumbre de tránsito sino que tal servidumbre tiene como predio sirviente precisamente ese que el demandante alinderó en el libelo de demanda como de su pertenencia. No era indispensable, conforme a los textos que considera violados el recurrente —según se vio antes, al aludir a los artículos 2595 y 2664 del Código Civil— que los linderos del predio sirviente se expresaran; la expresión de la situación, del nombre y del modo como había sido adquirido y la explicación de la circunstancia de que lo vendido a Onofre Serna formaba parte del predio así determinado, comprado por el vendedor a Joaquín Gómez, eran bastantes para venir en conocimiento de lo que en el registro se echara menos, según la expresión del artículo 2664. 5º Como consecuencia de lo dicho hasta aquí se puede concluir que los textos citados por el recurrente como violados no exigen los linderos del predio sirviente como requisito indispensable para la constitución por título de las servidumbres. 6º Aunque el recurrente no ataca la sentencia por violación de los artículos 2663 y 2665 del Código Civil, la Corte no considera improcedente (por relacionarse íntimamente el contenido de ellos con la razón fundamental reiteradamente aducida en la demanda de casación contra el fallo del Tribunal), plantear la siguiente cuestión: Podría decirse que el Tribunal incurrió en un error de derecho al darle como le dio a la escritura 222 el valor de un título constitutivo de servidumbre de tránsito, sin expresarse en ella los linderos del predio sirviente, y que ese error de derecho condujo a la violación de los dos citados artículos 2663 y 2665, porque el primero de dichos textos exige que el registro de una hipoteca contenga los linderos de la finca hipotecada, y el segundo hace extensiva esa exigencia al registro de la constitución de cualquier gravamen o limitación del dominio sobre

inmuebles?' La Corte, sin necesidad de entrar a estudiar el punto de si dichos textos son o no aplicables a un caso como el presente, en que no ha habido propiamente contradicción, ni siquiera disconformidad de apreciaciones acerca de la identidad y de los linderos del predio al cual se le atribuye el carácter de sirviente, estima que, ni aun en el caso de que se pronunciara por la afirmativa como resultado del estudio de ese punto, se podría casar la sentencia del Tribunal, porque, independientemente del título mismo que se ha invocado como constitutivo de la servidumbre, la parte resolutiva del fallo que se acusa encontraría respaldo suficiente en el reconocimiento expreso de la servidumbre hecho por el demandante, ya que al tenor del artículo 940 del C. C., el título puede suplirse con el reconocimiento expreso del dueño del predio sirviente. Tal reconocimiento no necesita sino estos dos requisitos: que sea hecho por el actual dueño del predio y que sea hecho de una manera expresa. Por lo demás, no está sujeto a solemnidades determinadas. La ley no dice nada con respecto a la forma de dicho reconocimiento. La doctrina, con razón—lo mismo entre nosotros que en Francia, en presencia de un texto análogo— ha admitido, ante el silencio de la ley, y de conformidad con los principios generales, que tal reconocimiento puede ser unilateral y que puede ser hecho por medio de escritura pública o privada o de confesión judicial o extrajudicial. Se ha llegado hasta admitir generalmente que si existe un principio de prueba por escrito puede acreditarse el reconocimiento por medio de testigos o presunciones. (Baudry-Lacantinerie et Chavear, N° 1095; Planiol, Ripert et Picard, N° 952; Aubry et Rau, N° 250, T. III; Josserand, N° 19, 189; Vélez, T. III, N° 602)". (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, octubre 31 de 1935).....

Págs. Págs.

SIMULACION

- 284 -

Alejandro Bonilla Salazar, en su carácter de heredero legítimo de Miguel Bonilla González, se había presentado ante el Juez correspondiente pidiendo que se declarase nula la diligencia de registro de la escritura de venta de una finca raiz vendida por su padre a la Comunidad Dominicana de Chiquinquirá; la nulidad del registro de la escritura de venta de la Comunidad a favor de Carmen Forero de Bonilla de parte del inmueble, y la declaración de pertenecer el dominio de tales bienes a la sucesión de su padre. Contrademandaba la Comunidad para que se declarase que habiendo muerto Miguel Bonilla González sin hacer la tradición legal de la finca vendida, se declarase que esa obligación corría a cargo del heredero. El Tribunal falló el pleito a favor de la Comunidad demandada porque estimó que habiéndose registrado la escritura de venta después de la notificación de la demanda, tal registro le había dado firmeza jurídica al contrato de venta. Habiendo casado la Corte la sentencia recurrida por la de 18 de diciembre de 1935, porque el Tribunal violó el ordinal 4° del artículo 1521 del C. C., en la de instancia dijo lo siguiente en cuanto a la excepción de simulación que opuso el actor a la contrademanda de la Comunidad Dominicana:

"Considera la Corte:- El contrato que consta en la escritura número 149 no ha sido atacado con acción de simulación por el demandante: ya se dijo que la acción ejercitada en el libelo es la de nulidad del acta de registro pero no del contrato, y que la restitución, con las prestaciones mutuas, las pide el actor como consecuencia de la nulidad del registro. Esas pretensiones ya han sido estudiadas. La simulación del contrato de venta contenido en la escritura número 149 la ha invocado la sucesión como EXCEPCION que opone a las peticiones de la contrademanda de la Comunidad Dominicana. Ahora bien, el aparte trascrito entre comillas en este fallo contiene

510, 1ª y 2ª, y 511, 1ª y 2ª

Págs.

todos los elementos que la sucesión contrademandada da para describir los hechos que en su concepto integran o componen la especie de simulación que afirma, pues aunque en el hecho de la demanda (folio 25 vto., cuaderno ppal.) también tacha al contrato de simulado, se limita a decir simplemente que no fue real y efectivo. Con estos deficientes datos se entra sin embargo a estudiar la simulación, como excepción. La Comunidad Dominicana, al contestar la demanda, al contrademandar y en el curso del litigio, ha sido constante en afirmar la realidad de la compraventa. Sería prolijo citar los numerosos pasos de su defensa en que protesta de la aseveración contraria..... Fijada así la posición inicial de cada parte en cuanto a la afirmación de la una y la negación de la otra de la simulación, este fenómeno jurídico se estudia en seguida, no sin hacer antes una observación: Si bien el excepcionante habla de nulidad del contrato por falta de causa, ello obedece a la manera como la jurisprudencia había venido considerando que toda simulación es causa de nulidad en los contratos en todos los casos, dada la ilicitud que fatalmente se ha visto en ella, sin distinguir entre la nulidad misma de que puede adolecer el contrato en sí por la ilicitud del fin, del objeto y de la causa, y su validez cuando no adolece de tacha por ilicitud ni por falta de los elementos esenciales a todo contrato. Pero en este caso, como en el fallado por esta misma Sala con fecha 27 de julio de 1935 (G. J., número 1899, págs. 333 y ss.), la Corte considera que la sucesión contrademandada ha ejercitado la excepción de simulación, aunque la llamó de nulidad, y que el error en la denominación de la acción o de la defensa no cambia su verdadera naturaleza jurídica. El fenómeno jurídico de la simulación consiste —globalmente enunciado— en celebrar abiertamente un acto o contrato, y en convenir, al mismo tiempo y entre las mismas partes, mediante contraestipulación privada que ha de permanecer oculta entre las partes, en alterar, en todo o en parte, lo pactado en el acto público (artículo

Págs.

1766 del C. C.). No siempre tales actos o contratos se hacen por escrito y para que pueda ocurrir la simulación no es necesario que sean literales. Lo pactado en la contraescritura privada, según ese precepto del código, o en la contraestipulación, según las reglas generales sobre pruebas, no producirá efectos contra terceros, pero sí entre las partes contratantes (artículos 1766, 1759, 1761 del C. C.) La simulación reviste muchas formas y especies, de las cuales esta Sala se ha ocupado en varios fallos, y se enuncian en el ya citado de 27 de julio de 1935. Pueden considerarse como integrales o parciales, como de fin o de medio, y en sus repercusiones jurídicas no siempre obedecen a una misma norma. No es lo mismo, por ejemplo, la venta ficticia que la donación disfrazada de venta o que la cesión de un crédito usada en lugar de mandato. En el presente litigio, la sucesión contrademandada ha invocado, para prevalerse de él, un contrato que envuelve una simulación integral y de resultado: afirma que Miguel Bonilla González, su causante, realmente no quiso venderle a la Comunidad Dominicana el inmueble de la escritura número 149, y que ésta tampoco quiso comprar, sino apenas servir de testaferro o tenedor del inmueble para fines que el excepcionante no precisa, ni en relación con la intención del vendedor, ni de la herencia futura, ni de los acreedores de aquél. Son, pues, como ya se dijo antes, bastante vagos, por no decir inoperantes, los datos de hecho con que la sucesión caracteriza la simulación alegada, aun buscando con amplitud a través del criterio del excepcionante. Cuando se alega en juicio la simulación, como cualquiera otra figura jurídica, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador. Empero, no obstante la deficiencia anotada, la Sala prosigue su estudio. El excepcionante habla en nombre de la sucesión del vendedor, como heredera, y como esta calidad la acreditó, es claro que tiene interés jurídico en la excepción

Págs.

que alega; y como además pide que los efectos de su defensa le aprovechen a la sucesión del vendedor, ocupa el lugar de éste: es la parte misma que celebró el contrato de venta mediante la escritura número 149. Consiste la acción o la excepción de simulación en hacer prevalecer entre las partes las obligaciones o efectos jurídicos de un contrato oculto, sobre lo estipulado ostensiblemente entre las mismas partes, en atención a que el contrato privado u oculto envuelve la verdadera y real voluntad de ellas y sin perjuicio de terceros. Si este contrato, el pactado en la convención secreta para alterar lo convenido en la pública, es, en sí mismo, válido, y por lo tanto no va contra el orden público o las buenas costumbres, es lícito y pueden invocarlo los mismos contratantes y todo el que en ello tenga un interés serio, protegido por el derecho, sin que pueda, por consiguiente, oponérsele el principio nemo auditur turpitudinem allegans, por lo mismo que es lícito; y es así como el artículo 1766 del C. C. le da, al contrato privado (contraestipulación) valor entre las partes, y el 1759 del mismo código tiene como verdad lo declarado entre ellas, con valor de plena fe, pero sólo contra los contratantes. Si el excepcionante Bonilla Salazar, en nombre de la sucesión de Bonilla González, afirma que éste contrató con la Comunidad Dominicana una venta simulada, sin intención de transferir el dominio, sino, por el contrario, con el fin de que ésta, aunque compradora aparente, mantuviera privadamente el dominio o la orden del supuesto vendedor, puede lícitamente pedir que, demostrada la existencia del contrato privado u oculto que hacía de la Comunidad Dominicana un simple testaferro o hombre de confianza, prevalezca la verdadera voluntad entre los contratantes y que se reconozca en consecuencia que el dominio no ha salido del patrimonio del vendedor. Le asiste, pues, en principio, la excepción. Empero, ¿está probada la simulación? Es decir, que en el caso del pleito existió realmente una voluntad convenida en contraestipulación privada

Págs.

para alterar el fin del contrato público? Tratándose de demostrar entre los contratantes la existencia de una simulación, cuando el contrato simulado o aparente consta por escrito, se deduce de la doctrina que informa los artículos 1759 y 1766 del C. C. y del segundo aparte del 91 de la ley 153 de 1887 sobre restricciones a la prueba testimonial, que la verdad de las declaraciones que en el instrumento ostensible hayan hecho los interesados es preciso destruirla oponiéndole una prueba de igual categoría o fuerza, que destruya aquella plena fe, tal como el parte literal oculto o la confesión del obligado, o un principio de prueba por escrito, confesión o principio de prueba que entonces puede complementarse con testigos, presunciones o indicios, y con todo medio probatorio. Esa prueba de igual categoría sobre la existencia de una contraestipulación hecha por los contratantes para alterar lo pactado por ellos mismos en la escritura número 149, no ha sido presentada por el que la invoca, y hay que concluir, en consecuencia, que no ha demostrado el hecho en que consiste su defensa. Vuélvese a decir que la simulación se ventila entre los mismos contratantes, pues la sucesión del vendedor no es tercero en este caso. Se amplía en seguida este último concepto: Tratándose de ejercitar la acción de simulación, es decir, de pedir la prevalencia del acto oculto sobre el acto ostensible, ella puede ejercitarse por la misma persona que celebró el acto o contrato simulado. Los herederos del que celebró el contrato pueden ejercitar la misma acción, puesto que ocupan el mismo lugar que aquél. También puede ejercitar la acción de simulación todo el que tenga interés jurídico en obtener la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible. Para el efecto, pues, de tener la acción y poderla invocar, no hay diferencia entre la parte misma y los terceros. El interés de distinguir entre la parte misma y los terceros no existe sino desde el punto de vista de la prueba o pruebas a que pueden acudir unos y otros. Esas diferencias pueden subordinarse a las siguientes

Págs.

consideraciones: a) Si el acto se celebró por escrito, la parte misma que lo celebró debe demostrar el acto oculto también por escrito, o por otra prueba de igual categoría, como confesión del contratante, principio de prueba, etc. b) Sus herederos, en la misma hipótesis de que el acto ostensible se celebró por escrito, para ejercitar la acción de simulación en los mismos casos en que su causante la hubiera querido y podido ejercitar, es decir la acción que heredaron de su causante, también están obligados a dar la prueba del acto oculto por escrito, o la confesión de la otra parte, complementadas en este caso por todo medio probatorio. Pero si el acto ostensible que celebró su causante, aun por escrito, lo fue en fraude de los derechos de la herencia, entonces el heredero o herederos que ejerciten la acción de simulación vienen a ser, no ya los sucesores que continúan la persona jurídica del causante, sino terceros respecto de él, que defraudó su derecho hereditario, en la misma forma que son terceros respecto del mismo acto los acreedores personales del contratante que aparentemente disminuye el patrimonio que le sirve a sus acreedores de prenda. Entonces la prueba que los herederos defraudados pueden usar para demostrar la existencia del acto oculto, ya no se limita solamente a la contraprueba escrita ni a la confesión del otro contratante, ni al principio de prueba por escrito complementada por otros medios probatorios; entonces pueden acudir también a la prueba indicial, a la de presunción, a la de testigos y en general a todos los medios probatorios. El excepcionante se ha colocado —entre las múltiples especies de simulación que en el tráfico social se presentan— en la especie llamada de ventas ficticias o de confianza, y la Corte así interpreta el lacónico paso de la defensa, atrás trascrito, especialmente movida por la consideración que el excepcionante destaca de que el vendedor —su causante— no tuvo intención de trasferir el dominio y también porque afirma que, por consiguiente, no hubo precio realmente exigido ni pagado. De ahí que afirme la Corte que este caso es de simulación de fin y no de medio; porque el vendedor, según la defensa, simuló un fin que no se proponía alcanzar, como que no quería enajenar.

Pero no es suficientemente explícito el excepcionante para que la Corte se crea autorizada a través de los autos para ver en la defensa alegada otros aspectos de simulación en que por ejemplo intervenga un modo de fraude para la herencia, o un menoscabo de su legítima; no hay afirmación en ese sentido; caso semejante contempló la Corte en fallo de 27 de julio de 1935, G. J., número 1899, página 337. De que existía la simulación de fin o de resultado, el excepcionante concluye invocándola como causa de nulidad del acto aparente, 'por falta de objeto y de causa', dice en el paso trascrito por la Corte. Al respecto cabe considerar que aún dentro del léxico empleado por el excepcionante, que considera que el un fenómeno jurídico induce el otro, si el primero no está probado, no puede seguirse el segundo como su consecuencia; pero no por ello sobra que la Corte observe que de la existencia de una contraestipulación privada hecha por los contratantes para alterar lo pactado en el acto público no se sigue la nulidad de éste, puesto que el artículo 1768 del C. C. le da valor al acto privado entre los contratantes y sólo le niega efecto contra terceros, de donde se advierte y se sigue la validez del mismo acto privado, y no la nulidad; lo cual no impide que éste pueda ser en sí nulo por las mismas causas que dan lugar a las varias nulidades de que un acto o contrato puede adolecer, o que pueda ser atacado por los terceros a quienes perjudique y que tengan interés en ello, si es que éstos no prefieren atenerse al acto aparente". (Sentencia de instancia, Sala de Casación Civil, XLIII, números 1911 y 1912, septiembre 30 de 1936)..... 828, 2ª, 829, 1ª y 2ª, 830, 1ª y 2ª, y 839 1ª

Págs.

SOBRESEIMIENTO. FACULTAD DEL JUEZ DE DERECHO PARA SOBRESEER POR UNA CAUSA DE NO IMPUTABILIDAD EN EL SINDICADO

- 285 -

Se había condenado en un Consejo de Guerra a un soldado que sufría ataques de epilepsia a la pena de un año de prisión por el delito de deserción.

"El Comando de la Brigada consideró que no es el juez de derecho sino el de hecho, o sea el Consejo de Guerra, quien debe resolver en el fondo sobre las causas exculpativas. Y al efecto arguye que en este proceso se trata de 'asuntos psicológicos que debe apreciarlos, considerarlos y resolverlos..... el Consejo de Guerra'. Estima la Corte que legal y jurídicamente están en lo cierto el señor Auditor y el juzgado sustanciador (Comando del Batallón de Infantería número 3 'Ricaurte') al optar por el sobreseimiento en el presente caso. Es verdad, como lo dijo el juez AD QUEM (Comandante de Brigada), que la apreciación de elementos psicológicos corresponde al juez sentenciador, en este caso el Consejo de Guerra.) Pero cuando se trata no de valuar la responsabilidad sino de apreciar si en determinado proceso está o no plenamente demostrada la imputabilidad, corresponde al juez sustanciador, como juez de derecho, calificar el mérito de las pruebas. El artículo 1512 del Código de Procedimiento Criminal dice que el fundamento de todo juicio criminal es el cuerpo del delito; y que se entiende por cuerpo del delito un hecho criminoso y punible según las leyes. El artículo 29 del Código Penal dice que son excusables y no están, por consiguiente, sujetos a pena alguna los que se hallan privados involuntariamente del uso de la razón y, en general, los que se hallan en estado 'de verdadera demencia'. Esta 'verdadera demencia' de que habló nuestro legislador, debe tomarse como un concepto muy general que abarque todas las graves alteraciones mentales capaces de afectar la imputabilidad. Como se vio en el anterior aparte, la epilepsia puede alterar profundamente las fuerzas inhibitorias de la personalidad y, por consiguiente, hacer que el afectado por esta enfermedad quede comprendido en los límites de no punibilidad, al tenor del artículo 29 del Código Penal. Eso es lo que ocurre en el presente caso, al tenor de los dictámenes médicos, según los considerandos científicos hechos por el Auditor de Guerra de la 5ª Brigada y de acuerdo con los expositores de Psiquiatría. Y si no hay sujeto punible, por falta de imputabilidad, tampoco hay fundamento para seguir el juicio criminal. Si se tratase de una apreciación simplemente psicológica sobre las causas morales que pueden modificar la responsabilidad, estaría en lo cierto el Comando de la 5ª Brigada al afirmar que el juez militar de derecho no podía apreciar y resolver sobre aquellas causas o elementos psicológicos. Pero como de lo que se trata en este proceso es de la decisión sobre un punto técnico, no de responsabilidad sino de mera imputabilidad, el de saber si el procesado es o no sujeto de Derecho Penal, tal decisión sí entra en las atribuciones del juez de derecho, de acuerdo con los artículos 29 del Código Penal y 1512 del Código de Procedimiento. Síguese de lo dicho que el juez militar A QUO no obró ilegalmente al sobreseer; y que el auto del superior o juez AD QUEM pecó por exceso de celo al revocar el sobreseimiento y ordenar que se abriera causa criminal respecto de un hombre a quien se imputa el hecho de deserción o fuga, que es sintomático de la enfermedad nerviosa de que el mismo padece". (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, números 1907 y 1908, junio 16 de 1936) ..... 428, 1ª y 2ª

SOCIEDAD

- 286 -

En juicio sobre liquidación de una sociedad y sobre partición de la misma decían las actoras recurrentes en casación que el fallo no se hallaba en consonancia con las pretensiones

Págs.

oportunamente manifestadas por los litigantes. El Tribunal había estimado que no era el caso de incluir como pasivo de la sociedad los capitales que a ella aportaron sus socios, y decía: "El punto que ha de resolverse aquí se reduce a saber si deben o no inventariarse en el pasivo de la sociedad, compañía o negocios en común, los bienes que los señores De la Torre aportaron a ésta, denunciados por el señor Uribe Cualla. Esta cuestión la resuelve el Tribunal en sentido negativo, pero no por las razones aducidas por el Juzgado, sino en fuerza de otras de orden superior. No existe sociedad si cada socio no pone algo en común, y los bienes que en calidad de aporte llevan aquéllos a la sociedad, pertenecen exclusivamente a ésta y forman parte del activo de la misma (artículo 2081 del C. C.) Hecho el aporte, los bienes son de la sociedad y no de los socios, los cuales tienen en principio un crédito contra aquélla sobre lo que resulte de la liquidación, y los bienes aportados constituyen la masa partible..... Si fuera posible y racional la inclusión de ese crédito como pasivo, hay que pensar las consecuencias que ello tendría para terceros. Esta razón es más que suficiente, a juicio del Tribunal, para concluir, como concluye, que no hay lugar a incluir como pasivo de la sociedad los capitales que a ella aportaron cada uno de los socios Francisco y Rafael de la Torre". Dijo la Corte:

"Aunque el contenido del auto en parte transcrito no lo fue también de la sentencia acusada, la Corte toca de paso este punto para decir que a su juicio es injurídica la doctrina del Tribunal sobre el carácter de los aportes, pues no hay duda de que la sociedad — regular o de hecho, civil o comercial — tiene acreedores de dentro y de fuera. Acreedores internos son los socios que han hecho puesta de capital; externos, aquellas personas ante quienes se ha obligado la sociedad extrínsecamente. La compañía abre una cuenta a cada acreedor. Centralizadas y generalizadas esas cuentas, resulta el pasivo. En éste se distinguen varias categorías de deudas. Pagadas las que contrajo la sociedad con acreedores externos, se satisfacen las SOCIALES, es decir, las aportaciones de los socios, hasta donde alcance el sobrante. Toda liquidación consiste esencialmente en reglamentar los intereses pecuniarios a que pudo dar nacimiento la disuelta sociedad. De ahí que sea más sencillo dividir bienes comunes o distribuir efectos hereditarios que liquidar negocios sociales. De ahí también que el papel de partidor sea menos complejo que el de liquidador. Pero cuando a éste no se le dan más datos que los que arroja un inventario de bienes muebles, su tarea, de simple partición intelectual o material, no por sencilla deja de ser jurídica". (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, julio 8 de 1936). . . . . 785, 2ª, y 786, 1ª

Págs.

SOCIEDAD

- 287 -

La sociedad anónima denominada Compañía de Navegación del río Cauca celebró con Valerio Mejía M. un contrato sobre bodegaje de carga y otros puntos, y Mejía vendió su bodega y demás derechos a Francisco Jaramillo Ochoa, al cual demandó la Compañía para que fuese condenado, entre otras prestaciones, a la de pagarle una suma de pesos por infracción del contrato, como sucesor en las obligaciones contraídas por Mejía. El Tribunal falló el pleito desfavorablemente al actor porque estimó que no habiendo registrado la sociedad el extracto de la escritura social y el de la prórroga de su duración estaba probada la excepción perentoria de ilegitimidad en la personería sustantiva para demandar. Recurrió en casación la Compañía acusando la sentencia por varios extremos, sobre los cuales dijo la Corte:

"CAPITULO I. — La sociedad o compañía es un contrato por el que dos o más personas estipulan poner un capital u otros efectos en común, con el objeto de repartirse entre sí las ganancias o pérdidas que resulten de la especulación. La sociedad puede ser comercial o civil. Comercial, la que se forma para negocios que la ley califica de actos de comer-

Págs.

cio. Civil, la que no es comercial. Puede estipularse que la sociedad, aunque no comercial por su naturaleza, se sujete a las reglas de la sociedad comercial. La sociedad, sea civil o comercial, puede ser colectiva, en comandita o anónima. Esto enseña, literalmente, el Código Civil, en sus artículos 2085, 2086 y 2087, colocados en el capítulo sobre 'diferentes especies de sociedad'. El Código de Comercio dice (artículos 463 y 537) que la ley reconoce tres especies de sociedad: 1ª Sociedad colectiva; 2ª Sociedad anónima; 3ª Sociedad en comandita, simple y por acciones. Y prescribe el Código Minero que las sociedades para la elaboración de minas pueden ser de cuatro clases: colectivas, en comandita, anónimas y ordinarias. Las últimas son más bien comunidades reglamentadas (artículo 247). Así como la compraventa no cambia de esencia porque esté sujeta al Código Civil o al de Comercio; así como la cesión de derechos, que es un solo fenómeno, comprende la de créditos personales, la de herencia, la de litigios y la de efectos públicos y de comercio; así como el arrendamiento, sin dejar de ser uno, versa sobre el goce de cosas o sobre la ejecución de obras o sobre la prestación de servicios; así como el mandato no pierde su identidad porque unas veces sea gratuito y otras remunerado, unas civil y otras comercial, en ocasiones general y en ocasiones especial; así como el mutuo civil y el préstamo comercial son en principio una misma cosa; así como el depósito propiamente dicho y el secuestro son dos maneras de una misma convención fideicomisaria; así como la fianza, la prenda y la hipoteca no pierden, respectivamente, su entraña de contratos accesorios ni se desvían de asegurar el cumplimiento de obligaciones principales, porque ésta sea abierta o cerrada, de bienes presentes o futuros, de cosas propias o ajenas, o porque aquélla sea abierta o cerrada, de bienes presentes o futuros, de cosas propias o ajenas, o porque aquélla sea civil, comercial o agraria, o porque la de más allá asuma carácter de subsidio o forma de IN SOLIDUM; así también el de

Págs.

sociedad es un contrato, idéntico a sí mismo, esencialmente igual en todos los casos, aunque ofrezca las distintas formas de civil, mercantil o minero, y aunque presente los variados tipos de colectivo, comanditario o anónima. No se incluye la cooperativa, si bien ella es también una sociedad, porque la ausencia del ánimo de lucro podiera complicar el sistema, pero si se anota que las de producción, crédito, consumo, etc., etc., no son sino clases que pertenecen a una misma especie: la cooperativa. Por la misma razón no se habla de sindicatos, los cuales conservan su esencia en las formas de industrial, gremial, de empresarios, mixto, etc., etc. 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, cómo 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 rueva una causa lícita y que su voluntad recaiga sobre un objeto lícito. (Artículo 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 sujetos en su formación a iguales requisitos. La sociedad colectiva de comercio y la

Págs.

anónima se forman por escritura pública, registrada conforme al C. C. (arts. 466 y 551 del C. de C.). Llama poderosamente la atención el que para constituir esas 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 (artículos 2290 y 2292 del C. C.) Las donaciones a título universal exigen siempre escritura pública, aunque todos los bienes sean muebles (artículo 1460 del C. C.) El contrato de seguro es solemne, y puede perfeccionarse por escritura privada (artículo 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 (artículos 796, 826, 871 y 1457 del C. C.) Tampoco vale sin este requisito la remisión de una deuda de bienes raíces (artículo 1457 del C. C.) Ni la hipoteca, ni el censo (artículos 2434 y 2435 del C. C. y 10ª 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 (artículo 1464 del C. C.) En este caso siente 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 las 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 (artículos 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. Tanto 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

Págs.

Págs.

las iguala con la escritura constitucional para decir que la omisión de ésta y 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. En sentido jurídico enseña que contratos solemnes contra los cuales no puede argüirse ninguna irregularidad en su

Págs.

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 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 (artículo 27 del C. C.). Tampoco es jurídico recibir nulidades que sólo efectos futuros, porque justamente en la retroactividad se asemejan la absoluta y la relativa. La 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

Págs.

constituída, pueden sustraerse por esta razón del cumplimiento de sus obligaciones (artículos 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. Comprémdese 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 (artículo 473 del C. de C.). Si no caben ratificación o confirmación, preciso es aceptar la nulidad absoluta. Con razón tanto mayor cuanto la falta del registro comercial nada tiene que 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'. (Artículos 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 (artículo 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 fracasaron en su intento por la omi-

Págs.

Págs.

sión 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 requisito, 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 demandara en juicio la entidad con quien contrataron, presentándose indebidamente como colectiva regular o como anónima regular, 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 (artículo 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 (artículo 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". (Concluye la Corte casando la sentencia recurrida, por violación de varios de los textos citados y de otros del Código Civil). (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, marzo 10 de 1936) (1) ..... 559, 1º y 2º, 560, 1º y 2º, 561, 1º y 2º, 562, 1º y 2º, y 563, 1º

Págs.

SOCIEDAD

- 238 -

Alfonso Vallejo demandó a Ezequiel Hoyos para que se declarase terminada la "asociación o sociedad de hecho o cuentas en partición" que existió entre ellos para el negocio de compraventa de azúcar, y Hoyos contrademandó sobre rendición de cuentas. La Corte halló que debía casarse la sentencia recurrida por Hoyos por haber hallado que adolecía de errónea apreciación de pruebas y de consiguiente violación de la ley sustantiva, en cuanto no condenó a Vallejo a la rendición de

(1) Concordancias: que la falta de registro de la escritura social produce la nulidad absoluta lo ha dicho la Corte en numerosas decisiones de casación. Véanse, por ejemplo, las sentencias de fechas 1.o y 3 de diciembre de 1932, publicadas en el tomo XLI de la GACETA JUDICIAL. Véase también la sentencia de fecha 31 de marzo de 1933, G. J., tomo XLI, No. 1894, páginas 293 y siguientes. Es jurisprudencia constante de la Corte.

cuentas demandada, y ya en los razonamientos de instancia dijo lo siguiente sobre el punto de sociedad:

"Contra el concepto de que lo contratado fue sociedad se ha invocado el concepto del artículo 2081 de ese código (1) y la circunstancia de no haber puesto nada el señor Reyes. Pero esta interpretación es errónea, en cuanto atribuye a esta disposición un sentido y alcance que no tiene, pues ella se refiere a cuando efectivamente nada se pacta poner en común, de suerte que ocurriría enriquecimiento sin causa, ya de quien así fuera a recibir utilidades, ya de quienes, así, fuesen a disminuir sus pérdidas para compartirlas inmotivadamente aquél. El no poner nada en común de que habla el artículo 2081 se refiere a la estipulación, no a la materialidad del aporte. Sólo en los contratos reales la entrega es necesaria para su perfeccionamiento y existencia. En el de sociedad la estipulación de poner algo en común basta para obligar a ello. Tanto no es aquel el sentido de esta disposición, que el artículo 2127 del mismo código reglamenta el caso de faltarse a la promesa de poner lo prometido, a lo que atendería como allí lo hace, autorizando a los demás para dar la SOCIEDAD por disuelta, si no partiese del supuesto de que hay SOCIEDAD, de que efectivamente, aún sin realizarse la materialidad del aporte, la ha habido. De otro lado, el artículo 2083 de la misma obra atiende al caso de que de hecho se forme una sociedad que no pueda subsistir como tal, ni como contrato alguno, y sin embargo de eso llama SOCIO a cada una de las personas que se encuentran en el caso y a cada una atribuye el derecho de pedir la liquidación de las operaciones realizadas. Por donde se ve, que aún en ese extremo, esto es, aún no pudiendo subsistir lo pactado como contrato alguno, la ley, guardándose de cerrar los ojos a la realidad de lo sucedido, faculta para esa liquidación". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 22 de 1935) 385, 1º

(1) Código Civil.

Págs.

SOCIEDAD COMERCIAL

- 289 -

Una compañía o sociedad mercantil había demandado en juicio ordinario el pago de perjuicios. El Tribunal halló no probada la existencia de las sociedades actora y demandada. Como recurriese la actora en casación alegó que el pleito no versaba sobre la existencia de sociedades y que la parte demandada debió haber presentado la excepción de ilegitimidad de la personería de la actora, que es el remedio que para tal caso ofrece el Código Judicial.

"La existencia de una sociedad comercial como sujeto activo y pasivo de derechos y obligaciones que se pretenden deducir en el juicio, es necesario demostrarla. Y en presencia de textos legales tan perentorios, como son los artículos 465, 468, 470 y 471 del Código de Comercio; 36 de la Ley 40 de 1907 y 40 y 41 de la Ley 28 de 1931, para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial y la personería de sus administradores ante cualesquiera autoridades judiciales o administrativas, se requiere, cuando menos, 'bastará', dice la ley, un certificado firmado por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio, en los lugares donde la haya, en la forma indicada por los dos últimos artículos citados, o copia de los extractos de las escrituras sociales expedidas por el secretario del Juzgado en donde el extracto hubiere sido registrado (artículo 36, Ley 40 de 1907). No presumiéndose la personería jurídica, el Juez necesita conocer cómo surgió a la vida legal una compañía que ha de condenar o absolver, o a cuyo favor ha de decretar o negar un derecho. Y siendo solemne la manera como surge a la vida y AD SOLEMNITATEM la prueba de su existencia, según el artículo 465 del Código de Comercio, aquellos requisitos no se reemplazan con simples referencias sobre la escritura de constitución, ni menos, como en el caso de este pleito, con el silencio sobre su registro, que traigan otros documentos allegados al juicio, ya sean otras escri-

Págs.

turas o copias de juicios distintos y en ningún caso testimonios que aludan al funcionamiento de la compañía." (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 20 de 1935) 330, 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA Y VENTA DE SUS BIENES EN EL ESTADO DE DISOLUCION

- 290 -

Véase VENTA DE COSA AJENA DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA. (El pleito de César Vargas contra Roberto Sánchez, sobre reivindicación).

SUBARRENDAMIENTO

- 291 -

Habiendo arrendado Raúl H. Méndez a Christian Weidman un edificio de cuatro pisos para un hotel, como después celebrasen éstos un contrato de sociedad en comandita simple para la explotación de ese negocio, el fiador de Weidman para el contrato de arrendamiento demandó a Méndez para que se declarase que la fianza que otorgó a su favor, en garantía de las obligaciones contraídas por Weidman como arrendatario, quedó extinguida desde el día del contrato de sociedad en comandita entre el arrendador y el arrendatario. Como ocurriese en demanda de casación de la sentencia el fiador de Weidman, actor en el pleito, la Corte consideró que se había operado el fenómeno de la confusión al liquidarse la sociedad en comandita y tomar Méndez a su cargo el activo y el pasivo de esa sociedad, y que, por consiguiente, la fianza otorgada por Llanos, fiador de Weidman, había quedado extinguida. Casó, pues, la Corte, la sentencia recurrida y agregó las siguientes sobre el punto tocante al subarrendamiento:

"En el supuesto — admitido por el demandado y por el Tribunal — de que sólo se tratara de un subarrendamiento del edificio en que fueran subarrendador Weidman y la sociedad subarrendataria, se llegaría a la misma conclusión antes expuesta, porque en el caso que se estudia no sólo tenía el arrendatario facultad contractual para subarrendar, sino que el arrendador, además de darle su aquiescencia, por lo menos tácita, al subarriendo en favor de la sociedad, recibió de ésta directamente el valor de los alquileres, y de conformidad con la doctrina jurídica más generalmente aceptada hoy y repetidamente consagrada por la misma Corte de Casación francesa, el subarrendamiento — por lo menos cuando median circunstancias como las que en este caso median — crea un vínculo jurídico directo entre el subarrendatario y el arrendador, en virtud del cual aquél está directamente obligado para con éste, lo que unos autores, como Guillouard, explican por virtud de un mandato tácito; otros, como Manassé, por razón de una estipulación por otro, y algunos, como Demogue, por aplicación de los principios sobre enriquecimiento sin causa. Este último dice que técnicamente las soluciones admitidas al respecto por la jurisprudencia se explican así: el arrendatario es originariamente el único acreedor del subarrendatario. El arrendador que puede invocar la acción directa, no tiene, originariamente, sino un derecho EVENTUAL contra el subarrendatario. El cambio de acreedor, para éste, se opera, concluye Demogue, desde el día en que el subarrendatario recibe la notificación de la voluntad del arrendador de hacerse pagar directamente por aquél. En el caso que se estudia es incuestionable que existió esa manifestación de voluntad, por parte del arrendador, necesaria para la creación de la acción directa, puesto que los pagos, según la inspección ocular, se le hicieron directamente a dicho arrendador". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, agosto 19 de 1935)..... 356, 1ª

SUBROGACION

- 292 -

José V. Restrepo E. y Antonio J. López se constituyeron deudores con hipoteca de una casa a favor de Ruperto Uribe S., por la suma de dos

Págs.

mil pesos. Por una escritura posterior el acreedor declaró que Jesús A. Monsalve le había pagado la suma debida por aquéllos, que quedaba subrogado en los derechos del expresado crédito el pagador Monsalve y cancelada la escritura de hipoteca. Todo eso obedeció a que Antonio J. López y Jesús A. Monsalve vendieron a José V. Restrepo E. el inmueble por nueve mil pesos. El comprador Restrepo pagó a uno de los vendedores, Monsalve, la cantidad de tres mil pesos imputable al precio total. Mas como dicho inmueble estuviese gravado con hipoteca a favor de Uribe S., para garantizar el pago de $ 2,000, Monsalve se obligó a obtener con dinero suyo la cancelación de tal gravamen. Monsalve demandó en juicio ordinario a la sociedad disuelta e ilíquida que constituyó el finado José V. Restrepo E. con su cónyuge Celsa Palacio de Restrepo, y a la sucesión, también ilíquida del primero, para que se las condenase al pago de la suma de los dos mil pesos referidos, mas sus intereses a cierta rata. Entre los hechos de esta demanda figuran el de haber pedido Restrepo la resolución del contrato de compraventa mencionado y el de haber obtenido sentencia favorable. Ganó el pleito el actor, así en primera como en segunda instancia. Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación la parte demandada acusando el fallo por varios aspectos. Dijo la Corte:

"La escritura número 2515, de 4 de octubre de 1919, por la cual López y Monsalve vendieron un inmueble a Restrepo E., contiene un contrato complejo, o si se quiere, contiene varias convenciones concretas, pues sabido es que en derecho los contratos son tantos cuantas sean las materias del acto genérico en que intervienen las partes. Fijado en $ 9,000.00 el precio de la compraventa, el comprador Restrepo E. pagó $ 2.000.00 al vendedor López y se obligó a pagar $ 4,000.00 al vendedor Monsalve en los términos y con la garantía expresados en la escritura. En cuanto a los otros $ 3,000.00, para completar los $ 9,000.00 del precio, el comprador

Págs.

Restrepo E. transmitió en propiedad al vendedor Monsalve una casa situada en Medellín, en la carrera de Abejorral, inmueble gravado con hipoteca en favor de Uribe S. por la cantidad de $ 2,000.00. Al hablar de esta hipoteca dijeron las partes que de ella 'se hace cargo el señor Monsalve', lo que naturalmente significa haber recibido éste la casa estimada en $ 5,000.00, así: $ 3,000.00 que abonó al precio de la compraventa y $ 2,000.00 que se obligó a satisfacer al acreedor Uribe S. No se habla de los intereses accesorios a la cantidad debida a Uribe S., de que también se hizo responsable Monsalve, puesto que su obligación consistía en levantar el gravamen, porque la explicación resulta más clara empleando números redondos. Puede decirse que Restrepo E., enajenando la totalidad de su inmueble a Monsalve, quien por causa de la enajenación no le abonaba sino $ 3,000.00, no obstante estimar las partes su valor en $ 5,000.00, proveyó a éste de una parte alícuota en el inmueble que valía $ 2,000.00, para que pagara igual suma al acreedor Uribe S. La realidad de este fenómeno es innegable. No hay ficción que alcance a borrarlo. Efecto natural del pago es extinguir la obligación del deudor, pero hay veces en que ella apenas queda extinguida con respecto al acreedor, que por haber recibido la cosa nada puede ya reclamar. Cuando es un tercero quien paga, no siempre se extingue la obligación con respecto al deudor, el cual puede quedar ligado en favor de la persona que vino a ocupar el lugar del acreedor. Esto ocurre en virtud del pago con subrogación, pago de naturaleza especial, que no liberta al deudor porque no es hecho por él. La SUBROGACION es una institución jurídica en virtud de la cual los derechos del acreedor se transmiten con todos sus accesorios a un tercero que ha pagado. La obligación subsiste en favor de ese tercero. En otras palabras, hay mudanza de acreedor sin que se extinga la deuda. Por eso Delvincourt definió la SUBROGACION como 'el cambio del acreedor, sin novación de la deuda', y por eso también nuestro

Págs.

Código Civil, en el inciso 2º de su artículo 1691, dice que tampoco hay novación 'cuando un tercero es subrogado en los derechos del acreedor'. No hay sino dos casos de subrogación: LEGAL, aun contra la voluntad del acreedor, en los casos señalados por la ley, CONVENCIONAL, en virtud de una convención del acreedor. Es requisito indispensable que el pago sea hecho POR UN TERCERO. Si lo efectúa el mismo deudor, u otra persona a su nombre o por su encargo, no cabe subrogación sino extinción. Legal o convencional, la SUBROGACION se opera juntamente con el pago. No antes ni después. El ministerio de la ley obra en el acto mismo de la prestación. En esa oportunidad obra también la convención del acreedor. Si en el momento de pagar no se cumple la subrogación legal, incorcebible antes del pago, es porque no se cumplirá más tarde. Ocurre lo propio en la convencional. Efectuado el pago, no podría el acreedor transferir ningún derecho resultante de una deuda satisfecha ya con respecto a él, puesto que nadie puede ser subrogado en lo que dejó de existir. En la subrogación convencional concurren simultáneamente el pago de lo debido y la transmisión al tercero de los derechos y acciones que corresponden al acreedor. La carta de pago es una solemnidad y también el medio único de prueba. Como la subrogación en este caso está sujeta a la regla de la cesión de derechos, para que produzca todos sus efectos debe el acreedor hacer al subrogado entrega del título y debe practicarse la notificación al deudor. La subrogación, legal o convencional, traspasa al nuevo acreedor todos los derechos, acciones y privilegios, prendas e hipotecas del antiguo, así contra el deudor principal, como contra cualesquiera terceros, obligados solidaria y subsidiariamente a la deuda. Estudiando a la luz de estas nociones generales el caso Monsalve-Uribe-Restrepo, o sea el acontecimiento jurídico en que figuraron un pagador, un acreedor y un deudor, se pone en claro lo siguiente: 1º El pago hecho por Monsalve extinguió la obligación de Restrepo

Págs.

en favor de Uribe S., porque aquél no obró como 'tercero' ajeno a la deuda, sino como persona encargada por el deudor y provista por éste de lo necesario para hacer la prestación. 2º Hecho el pago por Monsalve, la deuda quedó objetiva y subjetivamente extinguida. 3º Habiendo sido solucionada esta deuda, en sí y con respecto a deudor y a acreedor, no puede hablarse de subrogación convencional. 4º Aun negando la solución totalitaria de la deuda, no podría invocarse la ley para decir que, por ministerio de ella, Monsalve quedó subrogado en los derechos de Uribe S., porque no se trata aquí de ninguno de los casos señalados por las leyes y ni siquiera del beneficio especial a que se contrae el artículo 1668, ordinal 2º del Código Civil, como se ha creído en el proceso, es decir, 'del que habiendo comprado un inmueble, está obligado a pagar a los acreedores a quienes el inmueble está hipotecado', porque esta subrogación legal no se cumple cuandoquiera que el comprador de una finca raíz cancela a su costa el gravamen hipotecario que sobre ella pesaba, sino que se efectúa cuando por no haber alcanzado el precio para pagar a todos los deudores hipotecarios, los acreedores no satisfechos persiguen judicialmente su derecho sobre la cosa hipotecada. En este caso el comprador, que subrogó al primer acreedor hipotecario, hace valer su derecho en el orden de preferencia que le corresponde sobre el precio en que judicialmente se venda o adjudique la cosa. El sobrante, si lo hubiere, se destina al pago de los otros acreedores hipotecarios. Nada de esto ha ocurrido en el presente negocio. 5º Tampoco procede la subrogación legal consagrada en amplios términos por el artículo 1668, ordinal 5º, del Código Civil, porque el deudor Restrepo E. consintió en que Monsalve pagara a Uribe S., pero no estrictamente como 'tercero' que solucionaba deuda ajena, sino como diputado provisto de lo necesario para pagar. 6º Dentro de la misma negativa supuesta en el punto 4º, no puede hablarse de subrogación convencional, puesto que al pagar Monsalve los $ 2,000.00 con

Págs.

sus intereses, Uribe S. no le subrogó en los derechos y acciones que le correspondían como acreedor de Restrepo E. Nada dice a este propósito la carta de pago. Y aunque el traspaso de los derechos y de las acciones constara en tal carta, solemnidad y única prueba a un mismo tiempo, no hay dato alguno de que se cumplieran las reglas referentes a la cesión de créditos. Con posterioridad a esa carta, Uribe S. tuvo buen cuidado de no subrogar voluntariamente, como puede observarse leyendo su certificación de 16 de marzo de 1925 y sus declaraciones escriturarias de 4 de junio de 1926. 7º Si al pagar Mosquera a Uribe S. no quedó aquél con derecho y acción contra Restrepo E., la ficción que origina el fallo resolutorio no puede crear A POSTERIORI tales derecho y acción. Luego aceptando el tribunal la subrogación, aplicó indebidamente los artículos 1637 y 1638 del Código Civil. Admitido por el Tribunal el pago con subrogación, la lógica lo llevó a condenar, durante cierto lapso, en intereses convencionales del uno y cuarto por ciento mensual, lo que implica violación del artículo 1617 del Código Civil, por indebida aplicación. Por tanto, será parcialmente casada la sentencia objeto del recurso, sin necesidad de considerar las otras causales aducidas". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, noviembre 25 de 1935)....

Págs.

392, 2º, 393, 1ª y 2ª, y 394, 1º

SUCESION DEMANDADA POR UNA DEUDA HEREDITARIA

- 293 -

Max Duque Gómez demandó a la sucesión de Francisco Bedón, representada por Gumersinda Córdoba de Bedón, para que le pagara el valor de sus servicios médicos prestados al causante en los tres años anteriores a su muerte. El Tribunal declaró probada la excepción perentoria de inepta demanda a causa de que la acción fue promovida cuando ya la herencia estaba liquidada y adjudicados sus bienes a la demandada en su carácter de heredera universal declarada así en el testamento del de cujus. Decía el Tribunal que la ineptitud es sustantiva, porque la sucesión no existía ya, y no existiendo reputaba claro que nada podía exigirse de ella. El actor recurrió en casación acusando el fallo por violación directa de los artículos 1411, 1238, 1155, 1833, 1834, 1836, etc., del Código Civil. Dijo la Corte:

"Algunos juristas han pensado que la sucesión es un ente ficticio, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. Es decir, con personalidad, como las entidades de derecho público y como las corporaciones creadas o reconocidas por la ley. Juzgan que los bienes mortuoriales corresponden a la sucesión. No hay, dicen, ningún texto del código según el cual sean de una comunidad, mientras sí existen decenas que los apellidan de la sucesión. Citan los artículos 1280, 1281, 1288, 1318 y 1319, en que se habla de bienes de la sucesión y de efectos y objetos PERTENECIENTES a una sucesión, para concluir que si ésta tiene dominio es porque goza de personería jurídica. La jurisprudencia ha visto en la sucesión cierta universalidad jurídica, y, sin llegar hasta llamarla persona, ha adoptado un lenguaje que autoriza para descubrir en ella una entidad capaz de comparecer en juicio activa y pasivamente. En concepto de la Corte, carece la sucesión de personalidad jurídica porque no se ven en ella la existencia de un ser colectivo y de un interés distinto de los intereses particulares; ni un organismo destinado a concentrar los esfuerzos de los asignatarios o a utilizar los bienes para un fin común; ni vida interna, voluntad social, gobierno, nombre propio, domicilio; ni nacionalidad; ni activo de su dominio propio que no sea esencialmente un bien de los herederos. Nada, en fin, que demuestre en la sucesión una persona ni en los copartícipes la conciencia de un interés colectivo. Lo que PERTENECE a la sucesión es de los herederos. Ellos no tienen un derecho personal, o crédito, sino un derecho

Págs.

real: el de herencia sobre la universalidad jurídica, con la esperanza de concretarse en el dominio sobre uno o más bienes. Antes de la partición hay una comunidad sui generis; un patrimonio común destinado a liquidarse. Edmond Champeau, comentador del Código Civil colombiano, observa que 'la situación del heredero respecto de la sucesión hereditaria no es la de un socio respecto de una sociedad existente, sino más bien la de un socio respecto de una sociedad disuelta cuando se trata de liquidarla y de repartir los bienes sociales'. Cierto es que cuando el heredero, antes de partirse la herencia, ejerce la acción reivindicatoria que le concede el artículo 1325 del Código Civil, debe hacerlo en favor de 'la sucesión'. Cierto es también que los acreedores pueden promover contra 'la sucesión', antes de partirse el patrimonio, acciones encaminadas a hacer efectivos sus derechos. Nada de esto significa que la sucesión sea persona distinta de los herederos. No es sino un modo de adquirir el dominio, y en el concepto patrimonial equivale a la herencia misma. Cuando se demanda a 'la sucesión' o para 'la sucesión', la parte reo está constituída por todos los herederos y la parte actora lo está por el heredero o los herederos que piden para la comunidad. Por un imperativo del lenguaje se habla en uno y otro caso de 'la sucesión'; pero bien analizadas las cosas, detrás de esta colección de bienes se perciben los herederos como personas físicas. Las deudas del difunto se dividen a prorrata entre los herederos, según el artículo 1411 del Código Civil, y son una carga de la universalidad sucesoral. De ahí que todos los dueños de ésta deban pagar esas deudas proporcionalmente a las cuotas que les corresponden en el activo. Lo que constituye universal al sucesor, y lo hace representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes y acciones transmisibles, y la responsabilidad de sus deudas. Aunque entre la apertura de la sucesión y el día en que ésta se liquida transcurre un tiempo de comunidad (artículo 2324), los herederos son personalmente, antes y después de la liquidación, responsables de las deudas hereditarias. Los acreedores ejercitan sus acciones contra 'la sucesión', antes de partirse los bienes, o contra los herederos, después de partidos. Este lenguaje, usualmente empleado, no significa que en el primer caso sea indispensable señalar como demandada a 'la sucesión', ni que los actores deban fracasar en el segundo caso cuando hablan de 'la sucesión', siempre que designen como reos a todos los herederos o al adjudicatario único a título universal. El actor demandó a la sucesión representada por una persona, a quien se le adjudicaron todos los bienes por haber heredado universalmente al DE CUJUS. Nada se puede objetar a la demanda. En la persona física del único adjudicatario están concentrados todos los derechos, acciones y obligaciones del difunto. Se habló de 'la sucesión' por un exceso de lenguaje sin trascendencia alguna. Es como si el actor hubiera expresado el por qué de ser demandada la heredera. Nada más. El Tribunal interpretó malamente la demanda y violó los artículos 1411, 1155, 1835, 1836 y 2324 del Código Civil, invocados por el recurrente. La sentencia debe casarse". (Casación, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 31 de 1936) ..... 789, 2ª, y 790, 1ª y 2ª

SUFICIENCIA DE UN TITULO REGISTRADO

- 294 -

"Para acreditar la suficiencia de un título registrado, cuando habla la ley de los de esa índole, se presenta el documento mismo con la correspondiente nota de registro, y se acompaña una certificación del respectivo registrador de instrumentos públicos, que diga cómo la posesión inscrita no ha cesado ni por voluntad de las partes, ni por un nuevo registro en que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, ni por decreto judicial, y que exprese, además, cómo las inscripciones anteriores a la actual, comprendidas en un período de diez años, han sido canceladas por alguno de los tres modos dichos, hasta llegar al último

Págs.

registro. Si en tal período de diez años no ha habido inscripción alguna, se acredita que el registro cancelado por el actual es anterior a éste en diez años por lo menos, y si eso no se establece por no haber registro cancelado en un período de veinte años, basta que la fecha del título sea anterior en veinte o más años al momento en que se exhibe. Esta norma de pruebas judiciales, que resulta de coordinar el artículo 789 del Código Civil con el 335 del Código de Procedimiento, tiene su aplicación en diversos juicios, como en el divisorio si la prueba del demandante consiste en un título registrado, y la tiene, aun extremando la exigencia sobre longitud del período, cuando se embargan bienes en ejecuciones o cuando por trámite especial se solicita la venta de fincas hipotecadas. (Artículos 1008 y 1189 del C. J.). En estos casos, y seguramente en algunas otras, será indispensable presentar la comentada prueba. No así cuando se ejercita la acción real de dominio." (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, febrero 26 de 1936) ..... 338, 1ª y 339, 2ª

TEORIA GENERAL DEL ERROR

- 295 -

Véase la doctrina expuesta bajo el título ERROR. (El pleito de Juan de Jesús Tenorio Villalobos contra Bartolomé López, G. J., páginas 532 y siguientes, XLIII, números 1909 y 1910).

TERCEROS DE BUENA FE

- 296 -

Véase lo que sobre el punto contiene la doctrina expuesta bajo el título DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL Y EFECTOS DE LA DISOLUCION ANTE TERCEROS DE BUENA FE EXENTOS DE CULPA, EN CUANTO A LAS VENTAS DE INMUEBLES HECHAS POR EL MARIDO.

Págs.

TERCEROS QUE CONTRATAN CON UNA SOCIEDAD QUE NO HA REGISTRADO EL EXTRACTO DE SU CONSTITUCION

- 297 -

(No pueden alegar la inexistencia o nulidad absoluta de la sociedad, o sea, desconocer su personería sustantiva para demandarlos). Véase la doctrina expuesta ampliamente sobre este punto con el título SOCIEDAD, en el pleito promovido por la Compañía de Navegación del Río Cauca contra Francisco Jaramillo Ochoa.

TERMINOS

- 298 -

Se absolvió al demandado por no haber devuelto el actor oportunamente el proceso, aplicando el sentenciador los artículos 380 y 381 del C. J. En casación alegó el actor la violación de la disposición sustantiva contenida en el artículo últimamente citado.

"La Corte para resolver tiene que distinguir entre la manera como corren los términos procesales propiamente dichos y el modo como se cumplen los avisos, los requerimientos, las reconvenciones u otros actos análogos que una providencia ordena hacer. Respecto de los términos procesales propiamente dichos, como son, por ejemplo, el de prueba y el de alegar, se empiezan a contar desde el día siguiente al de su notificación, por mandato expreso del artículo 388 del C. J., y mediante la constancia, para los que requieran traslado, de haberse puesto el expediente a disposición de la parte o interesado respectivo. En tal estado, y corriendo el término, si se solicita reposición, el término sigue corriendo hasta que, por mandato del artículo 350, deba el secretario pasar el expediente al despacho del juzgador. Entonces se presenta esta alternativa: el auto es revocado y el término no tuvo lugar de correr; o

Págs.

el auto se mantiene y entonces el término sigue corriendo desde el día siguiente al de la notificación del nuevo auto. En este último caso, la forzada suspensión del término no se debe a la reposición solicitada, sino al hecho de sustraerse a la disposición de la parte. La tesis opuesta, que estima que el recurso de reposición suspende por su naturaleza, un término, vale tanto como derogar en absoluto el artículo 366 del C. J., porque siendo todo auto susceptible de reposición, habría que esperar a su ejecutoria, y entonces los términos que los autos concedem empezarían a contarse desde su ejecutoria, y no desde la notificación de los mismos, que es lo que perentoriamente dispone el artículo 363. Y de que mientras tanto los términos corren y los actos ordenados se cumplen a pesar del recurso de reposición, descontando, naturalmente, por imposibilidad física, el tiempo en que por hallarse el despacho del juzgador se sustrae el expediente a la disposición de las partes, existe doctrina similar consagrada expresamente en el artículo 499 del mismo código, cuando prescribe que no se suspenda la ejecución de la sentencia o auto apelado cuando haya sido concedido el recurso en el efecto devolutivo. A la regla del artículo 363 de que todo término empieza a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que lo concede, que obedece al mismo espíritu de celeridad con que el artículo 366 del mismo código dispone que, vencido un término, debe volver el expediente al despacho con papel o sin papel sellado, no hace excepción el artículo 350, porque éste no dice que por virtud de la reposición solicitada el término deja de correr, sino que cuando el memorial de reposición se presente, el secretario espere a que transcurra el plazo durante el cual todas las partes pueden hacer uso del mismo derecho, para devolver el expediente al despacho del Juez. De no ser así habría que concluir que el recurso de reposición no es sólo el derecho que se concede a las partes para pedir reforma o revocación de una providencia ante el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado, sino un medio de actuación para que una sola de las partes modifique un término judicial y lo amplíe para su provecho unilateral, lo que es injurídico y contrario al espíritu de lealtad y de celeridad del procedimiento que inspiró la reforma procesal de 1931. Pero puede suceder que el auto notificado contenga la orden de dar un aviso, de hacer un requerimiento, una reconvención u otro acto análogo; en este caso el artículo 325 del C. J. establece que el requerimiento se entiende surtido con la notificación del auto que lo ordena y la exhibición de los documentos que según el caso exige la ley. Entonces, si verificado el requerimiento con la notificación, el interesado pide reposición, sucede una de dos cosas: o el auto se revoca y entonces el requerimiento se da por hecho; o se mantiene el auto y entonces el requerimiento cumplido surte todos sus efectos. De no ser así habría que concluir que, confirmado el auto tendría que volverse a verificar un segundo requerimiento. La ninguna influencia del recurso de reposición para conseguir con él que el aviso, reconvención, requerimiento, cesión de créditos u otro acto análogo se vuelva a practicar si el auto que las ordenó fuera mantenido (ya que, si fuere revocado, se tienen por no hechas esas diligencias), se explica porque ellas miran a las relaciones patrimoniales de las partes, las cuales, una vez cumplidas en el juicio sólo dejan de haber sido y de surtir efectos legales si el auto que las decretó primeramente fuere revocado, pero si el auto se mantiene, el aviso, requerimiento u otro acto análogo consumado con la notificación del primer auto, no necesita reproducirse, es decir, volverse a practicar, para que produzca sus efectos legales.—.....No se violó por este aspecto el artículo 381 del C. J." (Casación, XLIII, números 1907 y 1908, octubre 9 de 1935)..... 363, 1º y 2º, y 367, 1º

Págs.

Págs.

TESTIMONIO FALSO

- 389 -

En la sentencia de instancia que profirió la Corte en Sala de Casación en lo Criminal por haber casado anteriormente la recurrida en cuanto a uno de los condenados como autores del delito de testimonio falso, sentó la siguiente doctrina referente al procesado cuyo estado mental, según el dictamen médico legal, le colocaba fuera de toda imputabilidad.

"En tratándose de testigos falsos y perjuros, el discernimiento ha de ser completo, no puede estar alterado por ninguna locura que nuble la apreciación de los hechos sobre los cuales verse el testimonio. Hay un proceso complejo al exponer el hecho materia de la declaración, que va desde la sensación de lo percibido, atravesa el estado mnémico, o sea el tiempo que transcurre desde la declaración hasta el momento de la relación misma de ésta. En todas estas etapas, en caso de que se declare de buena fe — valor simple del testimonio como prueba — o que se declare con voluntad de contrariar la verdad de los hechos — es menester, pues, analizar la personalidad psicológica y fisiológica del agente. Es que para que exista voluntad y malicia, que es la característica del hecho delictuoso es necesario el discernimiento, el cual implica una conciencia lúcida en el momento en que se cumple el hecho. Sin discernimiento no puede haber por lo tanto voluntad y malicia. Y en el caso presente se encuentra clásicamente la persona anormal, que por la lesión que le afecta no puede apreciar todo el alcance de su acción al declarar en tal o cual sentido. Carecía de juicio y discernimiento". (Sentencia, Sala de Casación en la Criminal, XLIII, Nos. 1911 y 1912, agosto 12 de 1936). . . . . 388, 1º y 2º

Págs.

TITULO Y MODO DE ADQUISICION DEL DOMINIO

- 390 -

En el juicio seguido por Alejandro Bonilla Salazar en su nombre propio y como representante de la sucesión de Miguel Bonilla González contra la Comunidad Dominicana y otros, pedía el actor que se declarase nulo el registro de determinada escritura por carecer de la firma del Registrador y que como consecuencia de esa nulidad el inmueble que fue materia de la compraventa no había salido del patrimonio de su causante. La Comunidad contrademandaba para que se declarase que lejos de haber permanecido el dominio en el patrimonio del causante por no haberse registrado la escritura antes de morir el vendedor, los herederos estaban obligados a entregarla registrada, como obligación que era de su causante. Habiendo casado la Corte la sentencia recurrida, en el fallo de instancia dijo lo siguiente:

"Al tenor de la parte final del artículo 2864 del C. C., es nula la inscripción de la escritura número 148 otorgada en la Notaría 1ª de Caquimquirá el 8 de marzo de 1926, porque tal inscripción no fue firmada por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, conforme se vio en inspección ocular sobre los mismos libros de registro y por certificado de ese funcionario. Pero de la nulidad de que adolece la inscripción o registro de tal escritura de venta lo que se deduce es que los herederos del vendedor tienen la obligación, heredada de su causante, de efectuar la tradición legal de la cosa vendida, según los artículos 1880 y 1155 del C. C. Relacionado el primero de esos preceptos legales con otros, como son principalmente, los artículos 756 y 1873 del C. C., se advierte que la ley colombiana exige el título y el modo para adquirir el derecho IN RE sobre la cosa vendida; la muerte de una persona no basta por sí sola para transmitir el dominio de los bienes raíces a sus herederos, porque lo que en definitiva transmite el dominio de esos bienes es la adjudicación que se hace de ellos seguida del registro de la correspondiente hijuela, aprobada por el Juez, y es este título registrado el que verdaderamente confiere a los herederos el dominio que antes tenía el causante; en la sucesión por

Págs.

causa de muerte la ley o el testamento, según el caso, son los títulos que sirven de base a la traslación del derecho; la sucesión es modo de adquirir EL SOLO DERECHO DE HERENCIA, mientras está ilíquida, y un modo imperfecto de adquirir bienes raíces o bienes muebles determinados, puesto que cuando la sucesión se liquida o se dicta el decreto de posesión efectiva del derecho de herencia, hay necesidad de inscribir tal decreto en la oficina u oficinas de registro donde el inmueble está ubicado, así como también el respectivo acto de partición judicial o extrajudicial, según los artículos 764 y 2654 del C. C". (Casación, XLIII, números 1911 y 1912, septiembre 30 de 1936). (1). 828, 1ª

TITULO MINERO

- 301 -

Véase: MINAS. La doctrina que empieza: "El denunciante de una mina abandonada, recurrente después, etc."

TITULOS TRASLATICIOS DE DOMINIO

- 302 -

"Según se vio, al estudiar las dos causales anteriores, a la parte demandante le compete la acción reivindicatoria establecida por el artículo 946 del C. C.; los títulos que ha presentado son suficientes, por lo ya dicho, para que prospere su acción. De las escrituras y títulos presentados por ésta, aparece que es dueña de la cosa singular sobre que versa la reivindicación, pues siendo los actos legales de partición justos títulos traslaticios de dominio, artículo 765, ibídem, y habiendo demostrado dicha parte que los inmuebles que hoy reivindica provienen de ....., ha comprobado su derecho de dominio, en frente de los títulos presentados por la parte demandada". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, noviembre 12 de 1935). 189, 2ª

TRABAJO

- 303 -

Véase CONTRATO DE TRABAJO.

TRADICION DE BIENES MUEBLES Y RAICES

- 304 -

Véase VENTA DE COSA AJENA DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA. (El pleito de César Vargas con Roberto Sánchez. sobre reivindicación).

TRADICION DE BIENES RAICES

- 305 -

Para demostrar que no tenía bienes propios el ejecutado fundaba la correspondiente excepción en un certificado expedido por el director del catastro en que aseveraba que el ejecutado había vendido sus bienes. "..... El traspaso de la propiedad raíz no puede acreditarse con el informe de un empleado de la Junta de Catastro, sino por los medios que la ley establece". (Sentencia, Sala de Negocios Generales, XLIII, números 1911 y 1912, marzo 28 de 1936). (1). 826, 1ª

U

USURPACION DE JURISDICCION

- 306 -

Se le había abierto causa de responsabilidad por los trámites extra-

(1) Lo referente al registro de la partición y de otros instrumentos está relatado en la doctrina titulada REGISTRO DE LA DEMANDA.

(1) Artículos 756, 782, 791, 1857, 1880, etc., C. C.

Págs.

ordinarios a un Magistrado del Tribunal que, habiendo sido recusado por enemistad grave con uno de los interesados en el pleito, siguió conociendo de él aunque sin fallarlo en definitiva.

"En su informe, el mismo acusado conviene en el hecho de la suspensión de su jurisdicción, como se ve en el párrafo segundo transcrito; pero se disculpa diciendo que no falló en el fondo el negocio y que creyó de buena fe que conforme al artículo 444 del C. J., era indispensable que se le declarase separado del conocimiento del asunto, para que la jurisdicción quedara suspendida. Podía pensarse que en realidad se trataba de un caso de interpretación equivocada de los preceptos del Código Judicial, relativos a impedimentos y recusaciones de funcionarios judiciales. Pero al confrontar el artículo 147, se encuentra que la parte final del ordinal 2º establece lo siguiente: 'La jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados:..... 2º ..... Por recusación desde que al Juez o Magistrado recibe aviso oficial de haber sido admitida, hasta que se le comunique, también oficialmente, que ha sido negada la recusación'. Como la enemistad manifiesta entre el Juez y alguna de las partes, su apoderado o representante', está erigida en causal de impedimento y recusación (numeral 15 del artículo 435 del C. J.); y como de autos consta que el doctor de la Espriella fue recusado por esa causal y que se le dio curso al respectivo incidente, no vale alegar error de apreciación sobre los términos del artículo 444, porque la disposición del artículo 147, arriba transcrita, es perfectamente clara. Además, el artículo 148 del Código Judicial, dice que 'usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente'. Cuando se trata de casos en que va directamente interesada la delicadeza personal, como es el de un Magistrado a quien se recusa, debería bastar aquel simple sentimiento de delicadeza para inhibir al Magistrado del conocimiento del negocio, en defensa también del concepto de imparcialidad que debe rodear los actos de los juzgadores; y como la ignorancia de las leyes, menos aún que los particulares pueden alegarla los Magistrados como excusa, resulta que en el cargo que se estudia contra el ex-Magistrado doctor de la Espriella, no están desvirtuados los elementos constitutivos de la infracción por la cual se abrió esta causa de responsabilidad. Es, pues, el caso de aplicar las sanciones señaladas por el artículo 271 del C. P., en tercer grado por no haber circunstancias agravantes". (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, números 1909 y 1910, agosto 19 de 1936| .... 875, 1º y 2º



V

VENTA DE BIENES EMBARGADOS

- 307 -

Véase: NULIDAD DE LA VENTA DE BIENES EMBARGADOS.

VENTA DE COSA AJENA DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL DISUELTA

- 308 -

Pedro Guevara, casado con Faustina Mosquera, compró una casa con su solar, los cuales vendió, después de muerta su esposa y sin que se hubiese liquidado la sucesión de ésta, a Blanca María y María Guevara. La primera vendió a Roberto Sánchez lo comprado por su parte a Guevara, muerto el cual, José Gregorio Guevara fue declarado heredero de sus legítimos padres Pedro Guevara y Faustina Mosquera. Como vendiese sus derechos hereditarios, el cesionario, César Vargas, demandó a Roberto Sánchez para que se declarase que pertenecía a la sociedad conyugal ilíquida Guevara y Mosquera, el inmueble en cuestión y como consecuencia se ordenase restituírlo a la expresada comunidad por no haberse liquidado la sociedad conyugal ni las sucesiones antes nombra-

Págs.

das. Prosperó la acción en ambas instancias y el poseedor vencido interpuso recurso de casación acusando el fallo como violatorio de los artículos 669, 740, 756, 759, 1806, 2637, 2652 y 2654 del Código Civil. Dijo la Corte:

"La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el transcurso de tiempo. Esto dice el artículo 1871 del Código Civil colombiano cuya doctrina, igual a la seguida por el chileno, se diferencia fundamentalmente de la que en su artículo 1599 trae el código francés, según el cual adolece de nulidad la venta de cosa ajena. Como es bien sabido, procede tal diferencia de que Colombia y Chile siguieron en este punto al derecho romano y a otras legislaciones antiguas, en que los contratos apenas engendran obligaciones sin transmitir el dominio de las cosas. Mientras que en Francia el comprador se hace dueño de la cosa por virtud de la compraventa, salvo ciertos casos de excepción que no hay para qué estudiar ahora, en Colombia merced al mismo contrato, apenas adquiere la calidad de acreedor de ella, para el dominio de la cual queda faltando la tradición. Si en los orígenes del derecho romano existió la venta-enajenación (MANCIPATIO), recibida por el Código Napoleónico, tal contrato se transformó después en venta-obligación (stipulatio), adoptada por el código colombiano. Como la venta en Colombia es un título traslaticio de dominio pero no un modo de adquirir éste, la propiedad radica en el verdadero dueño mientras no se efectúe la tradición. Enseña el artículo 740 del Código Civil que la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad y la intención de trasferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. Esta definición exige en el tradente tres condiciones subjetivas, a saber: que sea dueño de la cosa; que tenga la facultad de trasferir el dominio sobre ella, y que la entrega esté acompañada de la intención de enajenar. Si falta una de estas tres condiciones no hay tradición y por lo mismo no hay tampoco enajenación. En la venta de cosa ajena existe la última de las tres condiciones, ánimo de trasferir, pero faltan las dos primeras: carácter de dueño y facultad de enajenar. Por eso el artículo 741 llama tradente a la persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por ella, lo cual significa que no hay transferencia de la propiedad mientras no haya tradición con los requisitos legales, o sea, que no puede concebirse el tradente fuera de las condiciones subjetivas que exige la entrega aunque tengan realidad los elementos objetivos en que ésta consiste. En la tradición de cosas corporales muebles los elementos objetivos consisten en figurar la transferencia por algunos medios, como permitiendo la aprehensión material de una cosa presente, mostrándola, entregando las llaves del lugar donde esté guardada, etc., etc. En la tradición de bienes raíces los elementos objetivos consisten en inscribir el respectivo instrumento en la correspondiente oficina. Pero no bastan los elementos objetivos. Requiérense también las condiciones subjetivas. En la tradición de muebles no basta significar la transferencia del dominio y figurarla por los medios legales, como no basta en la tradición de bienes raíces inscribir el instrumento en la oficina del registrador. Para que el modo de adquirir por tradición el dominio de las cosas produzca el efecto de transferir la propiedad, es necesario que ocurran ciertas condiciones subjetivas, que miradas en la persona del tradente consisten, como se ha dicho, en ser dueño de la cosa, en tener la facultad de enajenarla y en abrigar la intención de hacer la transferencia. Repítese que no es tradente la persona que dice enajenar o quiere enajenar, sino aquella que por la tradición es capaz de transferir y transfiere el dominio de la cosa entregada, es decir, el sujeto provisto de dominio, facultad e intención. De ahí que según los artículos 742 y 744 del Código Civil, la tradición no es válida mientras no

Págs.

Págs. Págs.

la efectúe con voluntad el tradente o su mandatario o su representante. Lo cual significa que la tradición no puede ser hecha válidamente sino por el dueño de la cosa, hábil para disponer de ella y dispuesto a enajenarla, o por quienes obren dentro de los límites de un mandato o de una representación legal. Como si estos principios no fueran suficientes, el legislador quiso sentar uno más perentorio, y así dijo en el artículo 752 del código, que si el tradente no es el 'verdadero dueño' de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. No se habla aquí simplemente de dueño, sino de 'verdadero dueño', para condenar de una vez las enajenaciones hechas por dueños putativos o aparentes. Sentados estos fundamentos, se procede a estudiar las causales de casación: 1ª El haber de la sociedad conyugal, persona distinta de los cónyuges, es un patrimonio autónomo formado por bienes en que figuran los que cualquiera de los dos socios adquiera durante el matrimonio a título oneroso (artículo 1781, ordinal 5º del C. C.). El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios, formasen un solo patrimonio (artículo 1806 del C. C.). Esta ficción, establecida por la ley en beneficio de terceros, dura únicamente mientras dure la sociedad conyugal. Ocurrida la disolución de tal sociedad, sea cual fuere la causa que la determine, se acaba esta ficción. Los bienes sociales continúan siendo de la sociedad conyugal disuelta, sea que se le reconozca cierta personalidad jurídica para los efectos de la liquidación, sea que se la tenga como una comunidad pura y simple. Los muebles e inmuebles adquiridos a título oneroso por cualquiera de los cónyuges entran al haber social. Si se repita que durante la sociedad el marido es ante terceros dueño de esos bienes, tal ficción no alcanza a trasladarlos del dominio social al dominio particular del administrador. La sociedad goza y dispone de ellos arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, en ejercicio del dominio definido por el artículo 669 del Código Civil. Que la disposición se haga por conducto del marido, administrador del patrimonio y dueño ficto de los bienes, no es razón para deducir que éstos pertenecen a persona distinta de la sociedad conyugal. La tradición requiere los requisitos subjetivos y objetivos de que se habló en el preámbulo de este estudio, lo cual resulta de comparar los artículos 740, 756 y 753 del Código Civil. Es verdad que están sujetos al registro o inscripción los títulos, actos y documentos que causen mutación o traslación de la propiedad de bienes raíces, así como los actos de partición de inmuebles, y que uno de los principales objetos del registro es servir de medio de traslación del dominio de los inmuebles, todo de acuerdo con lo mandado por los artículos 2637, 2652 y 2654 del Código Civil. Pero todos estos preceptos deben aplicarse atemperándolos a otros principios también fundamentales, como el de que los inmuebles adquiridos por un cónyuge a título oneroso no acrecientan su patrimonio particular sino el de la sociedad; como el de que la ficción de que esos bienes pertenecen al marido cesa con la disolución de la sociedad; como el de que disuelta la sociedad pierde el marido la administración de los bienes de ésta; como el de que esos bienes son ya de la entidad disuelta o de una comunidad formada por el marido y por los herederos de la mujer, y como el de que la venta de cosa ajena no priva al verdadero dueño de sus derechos para reivindicar la cosa vendida. No se ve cómo disuelta la sociedad por muerte de la mujer, y extinguida por ende la administración del marido, puede el ex-socio supérstite disponer arbitrariamente, contra derecho ajeno, de un acervo en que apenas tiene acciones. Porque cumplida la disolución, el 'verdadero dueño' capaz de entregar eficazmente los bienes de esa masa autónoma e ilíquida no es el marido sobreviviente ni alguno de quienes heredan a la mujer difunta. No. El 'verdadero dueño' es la sociedad di-

Págs.

suelta y en liquidación, dentro del sistema de la personalidad prolongada, o son conjuntamente el cónyuge y los herederos de la cónyuge, como condueños de una cosa universal, dentro del sistema de la comunidad pura y simple. La tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción del título material en la oficina de registro de instrumentos públicos. Cuando la sociedad conyugal, por conducto de uno de sus socios o de los dos conjuntamente, adquiere alguna finca, para lo cual el título de adquisición debe ser oneroso, el instrumento se anota en la oficina de registro. Aunque en la diligencia figura el cónyuge, varón o mujer, que actuó como contratante, o los de ambos cónyuges si actuaron juntos, y no el nombre de la sociedad conyugal, a cuya existencia ni siquiera se alude, esa sociedad es la persona que por la tradición inscrita adquiere el dominio del inmueble recibido por el esposo o los esposos que ostensiblemente se gravó o se gravaron a beneficio del tradente. No hay duda, ante los términos del artículo 1781, ordinal 5º, del Código Civil, que en tal tradición el adquirente fue la sociedad conyugal. Que ella no figure en el registro, como no suele figurar, será ocasión de dificultades en la práctica, es innegable; pero ello no hace que la cosa, desviándose de su destino natural, aumente el patrimonio del socio contratante cuando la ley ha dispuesto que entre al haber de la sociedad. No es esencial, aunque sí generalísimo en la tradición de inmuebles, el anotar nominativamente la persona del verdadero adquirente. La prueba es que cuando la mujer compra un inmueble, es ella quien figura como adquirente en el registro, y sin embargo, es el marido, como administrador quien puede enajenar la cosa con el mismo derecho con que enajena los bienes raíces que por conducto suyo entraron al haber social. Con el criterio del recurrente, los terceros podrían comprar a la mujer sola como única poseedora inscrita del inmueble. El argumento no debe hacerse diciendo que el dueño es el cónyuge anotado como adquirente en el registro, sino

Págs.

más bien observando cómo los principios generales sobre registro se quiebran excepcionalmente cuando es la sociedad conyugal quien adquiere inmuebles. Si el bien raíz adquirido a título oneroso entrara a formar parte de los bienes sociales pero sólo para los efectos del régimen interno de la sociedad conyugal y no ante terceros, como lo sostiene el recurrente, no hubiera necesidad de dar al marido el carácter de libre administrador de los bienes sociales, como se lo da el artículo 1805, ni la hubiera tampoco de crear la ficción del artículo 1806. Aquel carácter de administrador y esta ficción de dominio se requieren justamente, tratándose de inmuebles, porque el registro en cabeza del marido no alcanza por sí solo para dar a éste la facultad de enajenar bienes cuyo 'verdadero dueño' es la sociedad conyugal. Con apoyo en las anteriores razones, cree la Corte que el Tribunal no ha violado, como lo estima el recurrente, los artículos 669, 740, 756, 759, 1806, 2637, 2652 y 2654 del Código Civil, al decretar en la sentencia, como lo decretó, que pertenece a la sociedad conyugal ilíquida de Guevara-Mosquera el inmueble de que se trata. 2ª Ni las anteriores disposiciones, ni la especialmente citada en el artículo 2637 del Código Civil, violó el Tribunal en forma alguna, como lo estima el recurrente, al declarar que el inmueble pertenece a la sociedad conyugal disuelta, porque la circunstancia de que la legislación colombiana sea deficiente en punto de registro de inmuebles, y se preste a errores de terceros en caso como el que se estudia, será tal vez motivo para introducir modificaciones en esta legislación, pero no para sacar la consecuencia de que no pertenece a una sociedad conyugal disuelta lo que el Código Civil ha dicho que le pertenece. 3ª Por las razones apuntadas en los números 1 y 2, no violó el Tribunal los artículos 765, 769 y 2652 del Código Civil, al afirmar que la sociedad conyugal ilíquida es el único dueño ante terceros del inmueble enajenado por el cónyuge sobreviviente. 4ª Tampoco violó el Tribunal los artículos 1804, 1810, 1821

y 1825 del Código Civil, que no procedan al caso en estudio. El Tribunal no ha dicho que el cónyuge no deba a la sociedad los perjuicios que a ésta hubiere ocasionado por ciertas causas; ni admite principios distintos de los establecidos en el código sobre disposición de los inmuebles de la mujer, sobre confección de inventario y tasación de bienes y sobre acumulaciones imaginarias al haber social. No había por qué ni para qué aplicar estas disposiciones, ajenas completamente del litigio. Las fechas de matrimonio, adquisición del inmueble a título oneroso y muerte de la cónyuge, que constan en documentos públicos, son prueba ante terceros de que el inmueble vendido por el cónyuge sobreviviente no era suyo, ni de un patrimonio que él administrara. La buena fe del comprador no alcanza a darle el carácter de propietario frente a los verdaderos dueños". (Casación, XLIII, No. 1904, mayo 20 de 1935).

Salvaron su voto los magistrados doctores Liborio Escallón, Ricardo Hinestrosa Daza, Juan Francisco Mújica y Eduardo Zuleta Angel para explicar que entre la sentencia aludida y la de la misma fecha en que fue ponente el doctor Zuleta Angel no había contradicción, pero ni siquiera apariencia en sus tesis y conceptos, pues Roberto Sánchez, el poseedor vencido en el juicio de reivindicación a que alude el fallo que se extracta, no pudo menos de ser advertido sobre antecedentes y detalles que debió indagar, lo que precisamente lo habría conducido a saber la constitución y disolución de la sociedad conyugal Guevara-Mosquera. Los magistrados disidentes hallan muy absoluta la tesis del fallo. Votan afirmativamente su parte resolutiva.

VEREDICTO

- 309 -

	Págs.
Se presentó un veredicto que fue declarado notoriamente injusto y luégo se profirió sentencia condenatoria del reo de acuerdo con el segundo veredicto. En casación alegó el reo la primera causal por estimar que el primer veredicto no debió declararse notoriamente injusto. "....Como el recurso de casación debe ejercitarse contra las sentencias definitivas que en última instancia dicten los Tribunales Superiores, y sólo contra lo dispuesto ilegalmente en ellas puede dirigirse la demanda respectiva, hay que concluir que la causal primera no está fundada, desde luego que el recurrente ni siquiera ataca la sentencia del Tribunal que sentenció al reo para demostrar su improcedencia. No quiere esto decir que la Sala comparta las apreciaciones del Juzgado y del Tribunal en cuanto a la declaración que profirieron sobre injusticia notoria del primer veredicto, por contraevidente. Lo que ocurre es que de los términos del artículo 50 de la ley 169 de 1896 se desprende que aquella facultad para resolver acerca de las decisiones del Jurado es de la exclusiva incumbencia de los Jueces y Tribunales, como mero incidente de instancia, sin que al subir luégo el proceso en casación a la Corte, por virtud de la sentencia definitiva y condenatoria, basada en las respuestas de un nuevo Jurado, puedan retrotraerse las causas a la solución —buena o mala— que antes se diera con relación al veredicto de un Jurado anterior. La Sala de Casación sólo penetra en estos asuntos de contraevidencia en los veredictos de los Jurados, en el caso de la causal 5ª del artículo 3º de la ley 118 de 1931, o sea cuando la sentencia es violatoria de la ley por haberse dictado sobre un veredicto viciado de injusticia notoria, siempre que la cuestión haya sido debatida previamente en las instancias. Pero esto, naturalmente, cuando se trata del mismo veredicto que sirvió de base a la sentencia y no de uno anterior; entre otras razones, lo dispuesto en la parte final del artículo 50 de la ley 169 de 1896". Casación, XLIII, No. 1904, abril 15 de 1936)	40, 1ª y 2ª, 41, 1ª y 2ª, 42, 1ª y 2ª y 43, 1ª 84, 1ª

VEREDICTO

- 310 -

En un proceso por heridas en que el reo condenado a la pena de seis años de presidio interpuso recurso de casación, alegó la quinta causal de que habla el artículo 3º de la ley 118 de 1931.

"El delito que se imputó a Pinto en el auto de proceder fue el de heridas. Delito éste cuyo conocimiento incumbe a los Jueces de Circuito (art. 109 del C. J., ordinal 5º). Es decir, que en los juicios que versen sobre heridas, el Tribunal de conciencia no interviene y por lo tanto hablar de veredicto, nombre específico que la ley da a la sentencia de los jueces de hecho, no cabe en tratándose de un delito de heridas. Dicha causal necesariamente se refiere a los juicios criminales en que interviene el Jurado y en los cuales hablar de un veredicto viciado de injusticia notoria será pertinente y no exótico, como acontece en el caso que se estudia. Por lo expuesto, la citada causal no puede prosperar". (Casación, XLIII, Nos. 1907 y 1908, junio 15 de 1936) ..... 447, 2ª y 448, 1ª

VEREDICTO DECLARADO NOTORIAMENTE INJUSTO

- 311 -

Se alegaba como segunda causal de casación de acuerdo con el artículo 3º de la ley 118 de 1931 el ser la sentencia violatoria de la ley por haberse declarado notoriamente injusto el primer veredicto, que colocaba el caso en una disposición penal más favorable al acusado.

"La Corte observa sobre este particular que bien o mal declarado injusto un veredicto del jurado, queda insubsistente, y tal declaración de injusticia notoria no puede ser materia de tacha contra la sentencia proferida en virtud del veredicto de un nuevo jurado". (1) (Casación, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 7 de 1936) 660, 1ª

(1) Concordancia: cita la Corte en apoyo de su doctrina la sentencia de la misma Sala proferida con fecha 15 de abril de 1936.

Págs.

VIOLACION DE LEY EXPRESA EN MATERIA CIVIL

- Nº 312 -

Se había sobreseído definitivamente en favor de un Juez de Circuito acusado de haber incurrido en delito de abuso de sus funciones. Al confirmar la Corte el sobreseimiento, dijo:

".....Antes de proferir su decisión, quiere la Sala observar que tratándose del delito de violación de ley expresa no es menester la prueba del dolo específico, pues si lo hubiere, establecido que el juzgador se propuso, en fuerza de cualquier interés, inferir perjuicio a alguna de las partes con la violación de la ley, el hecho asumiría los caracteres de prevaricato. El delito de violación de la ley expresa que se contempla en los artículos 539 y 440 del Código Penal, es de los llamados NO INTENCIONALES, delitos que, como es sabido, no se caracterizan por la intención criminosa, sino por la mera voluntad. Si el Juez, v. gr., provee contra una ley expresa, tan clara que su texto esté al margen de cualquiera interpretación, habrá incurrido en el delito de que tratan los precitados artículos del Código Penal, aun cuando su ánimo no hubiese abrigado la intención de inferir daño a las partes. Pero si la ley que se dice violada es susceptible de diferentes interpretaciones, al adoptar el Juez una de ellas, no delinque, aun en el supuesto de que la interpretación resulte equivocada. Por eso no sobra advertir que en el caso de autos la ley expresa que se dice violada, o sea el artículo 2455 del Código Civil, se presta a varias interpretaciones, una de ellas y quizá la más propia, la que se adoptó por el Juez acusado. Y en el mismo auto del Tribunal que se dice desobedecido por el Juez doctor Rodríguez, se advierten ciertas anfibologías, que no permiten concluir a ciencia cierta cuál fue la interpretación que en aquella entidad se dio en definitiva al mencionado artículo 2455 del Código Civil". (Sentencia, Sala de Casación en lo Criminal, XLIII, Nos. 1909 y 1910, septiembre 3 de 1936) 558, 1ª y 2ª

TABLA

de las disposiciones constitucionales, legales y administrativas interpretadas, citadas o aludidas por la Corte en el presente Tomo XLIII

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos.	Números.
26	113
29	76
37	26
120	219
126	219
135	219

ACTO LEGISLATIVO

Nº 3 de 1910

29	76
26	219
32	219
41	84

Nº 5 DE 1905

29	219

CODIGO CIVIL

65	280
99	180
15	69
16	69
27	287
28	105
43	169
47	169
51	169
53	169
57	169
60	258
63	102, 269
64	128, 272
76	280
77	280
78	77
90	280
92	280
95	280
96	280
104	269
140	280
149	96
150	96
216	280
247	280
312	280

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
336	280
339	280
348	280
395	280
396	280
397	280
398	280
399	280
400	280
407	280
501	15
582	77
585	280
586	280
587	280
588	280
590	280
591	280
592	280
593	280
597	280
601	280
638	72
640	72, 272
669	308
673	276
677	14
720	1
723	1
724	1
725	1, 2
740	308, 181
741	308
742	308
744	308
752	308
758	245, 255, 276, 300, 308
759	283, 308
760	283
762	32, 222, 252, 255; 257
764	255, 276, 300
765	255, 276, 300
768	252
769	96
779	181
789	276,294
796	287
800	26

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
826	287
868	280
871	287
892	14
893	14
894	14
940	283
942	280
943	218
946	5, 8, 14, 35, 251, 253, 257, 280, 282, 300
947	96, 251
949	81
950	251, 255, 257
951	255, 257
952	251, 282
971	254
977	35
984	35
1001	14
1068	18
1080	18
1128	26
1137	26
1141	26
1155	298, 300
1274	7
1280	293
1281	293
1288	293
1303	280
1318	293
1319	293
1325	293
1351	15
1401	96
1405	107, 280
1408	107
1411	293
1434	187
1457	287
1460	287
1464	261, 287
1474	261
1494	272
1502	287
1509	10, 262
1510	107
1511	107

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
1512	107
1518	261
1519	261
1521	245, 191
1522	261
1523	191
1524	107, 119
1531	26
1532	26
1533	26
1534	26
1535	26
1536	26
1537	26
1542	26
1543	26
1544	276
1545	26, 276
1546	99, 197
1547	96
1548	96
1551	209
1571	126
1579	64, 126
1595	197
1602	24, 99
1604	102, 271
1605	280
1607	99
1608	127, 206, 268
1609	99, 100
1610	280
1612	197, 280
1615	206
1617	206, 268, 292
1618	160
1620	160
1621	160
1622	70, 160
1625	37
1634	96, 199
1653	37
1654	37
1667	268
1668	37, 268, 292
1669	37, 268
1691	202
1712	261
1715	59
1719	59
1724	64
1725	64
1727	64
1730	270
1740	280
1741	280
1743	199
1744	96
1758	18
1759	284
1761	284
1766	96, 284
1767	97
1779	96
1781	129, 308
1795	129
1804	308

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
1805	96, 308
1806	69, 70, 96, 308
1810	308
1821	96, 308
1825	308
1835	293
1836	293
1856	15
1866	191
1867	261
1869	261
1871	131, 276, 308
1873	308
1880	245
1882	245
1933	96
1940	96
1944	96
2005	270
2008	280
2081	258
2082	261
2083	288
2085	287
2086	287
2087	287
2106	260
2118	37
2124	280
2140	98
2161	79
2162	79
2170	15, 173, 174, 258
2181	260
2189	280
2194	186
2199	96
2234	37
2290	287
2292	287
2315	262
2324	293
2325	280
2341	6, 269, 272
2347	269, 272
2356	1, 6, 272
2377	102
2384	126
2415	131
2434	287
2435	287
2439	131
2442	131
2443	131
2448	131
2455	312
2488	193
2491	193
2512	218
2524	218
2525	218
2534	280
2535	218, 218
2536	218, 215, 216, 218
2538	214
2539	216
2570	18

CODIGO CIVIL

(Continuación)

Artículos.	Números.
2578	18
2588	18
2594	283
2595	283
2614	276
2637	248, 308
2652	244, 248, 249, 283, 308
2653	244
2654	244, 249, 308
2657	248
2659	249
2661	244, 246
2662	244, 249
2663	282
2664	283, 300

CODIGO DE COMERCIO

43	169
47	169
51	169
53	169
57	169
161	193
182	273
313	30
383	260
463	287
465	287, 289
469	287, 289
470	287, 289
471	289
472	287
473	287
474	287
475	287
476	287
477	287
479	287
537	260
540	260
551	287
597	287
629	260
633	260
638	287

CODIGO PENAL

22	62
29	105, 157, 285
87	207
94	120
117	25, 55, 56
123	86
124	101
271	305
335	125
339	125
539	312
540	312
585	96
586	25
587	45, 133, 134, 139, 140, 141
595	25

CODIGO PENAL

(Continuación)

Artículos.	Números.
598	25
600	45, 56, 135, 136, 137, 138, 141
602	45, 134, 136, 138, 140, 141
605	137
645	44, 130
661	44
760	6
820	125

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL

1512	153, 285
1627	113, 228
1655	228
1656	228
1659	228
1702	228
1707	228
1708	228
1715	28

CODIGO JUDICIAL ANTERIOR

354	186
479	128, 272
481	128, 272
694	97
706	97
831	248
1297	240

NUEVO CODIGO JUDICIAL

31	219
36	124
78	13
82	19
84	19
109	310
121	277
137	77
147	306
148	306
152	60
155	60
160	66
176	66, 263
194	1
202	97
203	83
204	19
205	40
207	40
209	12
232	40
233	12
235	12
274	1
283	1
312	184
328	40

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Continuación)

Artículos.	Números.
329	123
330	40
332	40
348	121
350	277, 295
356	298
364	216
366	298
370	186
379	87
380	87
381	86, 87
383	87
397	12
398	12
400	12
435	148, 162, 306
444	306
448	186, 195
450	186
451	187
455	195
456	186
457	146, 186
467	73
471	280
472	280
473	73, 248
480	6, 280
482	0
490	298
508	67
519	180, 233, 234, 236, 237, 239, 240
520	48, 148, 186, 213, 225, 278
522	146
523	146
537	40
553	4, 6, 280
593	38
635	294
637	37, 97
645	97
656	74
665	152
702	74
704	74
719	220
734	240
737	83
831	280
862	280
982	100, 264
986	29
997	29
999	29
1001	77
1004	34
1008	294
1021	1, 12
1030	73
1058	29
1062	12
1067	239
1071	13
1081	289

NUEVO CODIGO JUDICIAL

(Continuación)

Artículos.	Números.
1103	280
1111	280
1134	280
1141	236, 240
1189	12, 294

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

56	262

CODIGO FISCAL DE 1873

932	32

CODIGO FISCAL ACTUAL

79	32
333	
a	
409	184
257	216

CODIGO MILITAR

209	105

CODIGO DE MINAS

2º	181
3º	181
6º	182
8º	181
10	182
11	182
12	182
13	182
32	182
33	182
34	182
37	182
38	182
48	182
49	182
50	182
70	181
247	287
336	182
363	182

LEYES ESPECIALES

LEY 59 DE 1873

—	131

LEY 272 DE 1875

51	182

LEY 48 DE 1882

2º	32
4º	32

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 38 DE 1887	
5º	181
LEY 57 DE 1887	
38	244
42	245
43	191
236	113
243	162
264	192
265	162, 189, 190
266	192
276	189
—	207
LEY 153 DE 1887	
2º	120
8º	1
30	72
91	97, 284
93	97
106	287
LEY 95 DE 1890	
1º	126, 268, 272
15	158, 193
42	191, 245
LEY 105 DE 1890	
134	186
345	113
LEY 100 DE 1892	
79	76
LEY 169 DE 1896	
2º	278
4º	42
47	113
50	309
—	186
—	201
LEY 29 DE 1905	
17	32
9º	32
3º	32
2º	32
LEY 56 DE 1905	
65	120
62	120
LEY 51 DE 1908	

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 40 DE 1907	
36	289
149	234
LEY 49 DE 1909	
—	200
LEY 73 DE 1910	
—	120
LEY 69 DE 1911	
17	120
LEY 29 DE 1912	
1º	200
LEY 7ª DE 1913	
1º	200
LEY 130 DE 1913	
19	165
18	164
38	165
LEY 35 DE 1915	
16	233
20	233
21	233
22	233
LEY 57 DE 1915	
—	69
LEY 50 DE 1916	
—	218
LEY 65 DE 1916	
4º	262
12	262
15	262
LEY 71 DE 1916	
7º	165
LEY 69 DE 1919	
Art. único	120
LEY 76 DE 1920	
26	271
LEY 37 DE 1921	
—	69

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 32 DE 1922	
—	69
LEY 104 DE 1922	
—	207
22	207
33	19
35	19
LEY 1ª DE 1923	
1º	189
LEY 42 DE 1923	
7º	184
8º	184
81	184
—	276
LEY 46 DE 1923	
4º	97, 221
12	156
14	156
LEY 86 DE 1923	
—	169
LEY 78 DE 1923	
1º	242
LEY 109 DE 1923	
20	184
LEY 57 DE 1926	
—	69
LEY 72 DE 1926	
—	69
LEY 69 DE 1928	
11	120
LEY 116 DE 1928	
5º	201, 202
LEY 13 DE 1929	
—	69
LEY 41 DE 1929	
—	69

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
LEY 48 DE 1930	
—	69
LEY 11 DE 1931	
7º	203
LEY 28 DE 1931	
39	287
40	289
41	289
LEY 29 DE 1931	
—	69
LEY 133 DE 1931	
—	69
LEY 118 DE 1931	
3º	44, 45, 114, 130, 141, 151, 154, 309
4º	43, 75, 114
DECRETOS EJECUTIVOS o Decreto Nº 1118 de 1932	
—	171
Decreto Nº 136 de 1932	
6º	204
ACUERDO Nº 1º de 23 de junio de 1926, DEL CONSEJO DE ESTADO	
13	184
15	184

LEYES ESPECIALES

(Continuación)

Artículos.	Números.
17	184
20	184
21	184
28	184
CODIGO CIVIL FRANCES	
887	107
975	18
1110	107
1129	261
1249	96
1307	96
1311	96
1599	308
1658	276
1732	270
1733	270
1780	69
2058	107
CODIGO DE PROCEDIMIENTO FRANCES	
541	107
CODIGO FRANCES DEL TRABAJO DE 1910	
—	69
CODIGO CIVIL ALEMAN	
320	99
822	99
CODIGO DE PROCEDIMIENTO ITALIANO	
517	235
LEY FRANCESA DE ORGANIZACION JUDICIAL DEL 6 DE DICIEMBRE DE 1965	
—	235
LEY FRANCESA DE NOVIEMBRE DE 1790	
—	235
LEY 27 DE 1890, francesa.	
—	69
LEY FRANCESA DE 10 DE JULIO DE 1899	
4º	269

FE DE ERRATAS

Página 902. Dice: "CODIGO DE PROCEDIMIENTO CRIMINAL". Debe leerse: "CODIGO DE PROCEDIMIENTO JUDICIAL".

Página 980. Dice: "1877". Debe leerse: "1887".

Página 1022. Dice en la doctrina Nº 202: "Ley 16 de 1928". Debe leerse: "Ley 116".

Página 1046. Dice: "2673", en la primera cita del artículo 2637 del C. C. Debe leerse: "2637".

INDICE ALFABETICO

TOMO XLIII

Págs.

- A -

Abondano Rizo Carlos. Demanda sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones del Decreto Nº 136 de 1932 708
Achicanoy Arquimedes. Causa por homicidio 669
Andrada Juan y Salvador Marcsca. Hurto 855
Angel Carlos Alberto o Carlos Hugo. Causa por homicidio..... 680
Arango C. Luis. Recurso de hecho... 771
Arenas Pedro José. Expropiación de un terreno 741
Aristizábal Isaías contra Onofre Serna y otros. Ordinario 508
Arzayús de Peter Adelina contra la Nación, por pesos 487
Asprilla José Ernesto. Causa por homicidio y heridas. 650
Avella Tito Pablo y otros contra la Comunidad de las Hermanas de la Presentación. Ordinario de reivindicación 192

- B -

Banco de Bogotá contra María Toledo de Izquierdo y Antonio Izquierdo Toledo. Recurso de hecho..... 760
Ballesteros Carlos contra Carlos Julio Téllez y Florentino Alvarez. Ordinario sobre nulidad de un contrato y otros puntos 805
Becerra Tomás. Homicidio 205
Besman & Linzen & Co. S. A., contra Miguel Angel Muñoz. Ordinario sobre dominio y otros puntos..... 364
Bonilla Alejandro contra la Comunidad Dominicana. Auto para mejor proveer 551
Bonilla Salazar Alejandro contra la Comunidad Dominicana. Ordinario sobre nulidad de unos contratos... 827
Bonilla Salazar Alejandro contra la Comunidad Dominicana. Ordinario sobre nulidad de unos contratos... 525
Bohórquez Abraham contra Evangelino y María Reyes Cuchevaguen. Ordinario sobre nulidad de un testamento abierto 719

Págs.

Botero Manuel contra Dáctiva Echeverri. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 340
Bram L. Arsenio contra Angel Díaz. Se niega un recurso de hecho..... 350
Bracht Elisa, viuda de Barth, contra The Manufactures Life Insurance Co., sobre pago del valor de una póliza de seguros 65

- C -

Cabal Daniel, en representación de su esposa Teresa Martínez, contra Ramón Tascón y Leonidas García, por el uso de unas aguas. Ordinario.... 111
Caicedo de Mosquera Wallis María Josefa contra Rosario Caicedo. Ordinario sobre dominio de un inmueble 414
Camero Alberto contra Alfredo Escobar. Ejecutivo acumulado al de la Nación contra el mismo..... 486
Campo G. Justo. Causa por homicidio 843
Cárdenas Víctor. Causa por homicidio 424
Carmona v. de Bedoya Carmen R. contra Aureliano Bedoya y José D. Carmona. Ordinario sobre nulidad, restitución de bienes, etc. 505
Castro Agustín de y Ana María de Castro (sucesiones), contra la Nación 859
Castro Morales Manuel A. Juicio militar por deserción 426
Castro Pedro C. contra Elías Angel Olarte. Ordinario sobre nulidad de la venta de bienes embargados, 733 y 738
Cavanzo Ezequiel. Causa por homicidio 422
Ceballos Gilberto Elías. Causa por falsificación de documentos de crédito y por estafa 637
Cely Leonidas. Se abstiene la Corte de conocer de una apelación por no haber sido notificado el auto que la concede al Agente del Ministerio Público 874
Cerra Pertuz Marco. Juicio militar.. 201
Compañía Colombiana de Seguros concontra The Colombian Railways & Navigation Co. Ltd. Ordinario sobre responsabilidad por avería y perjuicios 566
Compañía de Navegación del Río Cau-

Págs.

ca contra Francisco Jaramillo Ochoa. Ordinario sobre declaración de infracción de un contrato..... 554
Consejero de Estado. Se niega la declaración de nulidad de la elección de Consejero de Estado recaída en el doctor Miguel Abadía Méndez.. 461
Córdoba Aníbal. Se le absuelve por el cargo, como Juez, de detención arbitraria 653
Correa viuda de Sánchez Agripina y Efraím Echeverri contra Sinforiano y Julio C. Loaisa, sobre nulidad por simulación de un contrato de compraventa 400
Crespo Tulio. Aumento de pensión como miembro del cuerpo de inválidos. Solicitud de cuyo conocimiento se abstiene la Corte por carencia de jurisdicción 874
Cuartas de Vélez Alicia contra Valentín González C. Ordinario sobre nulidad de un contrato..... 794

- D -

Dabah y Compañía, Jorge y Ernesto Lemos contra Carlos Zamorano. Ordinario sobre rescisión de un contrato 154
De la Espriella Juan Antonio. Juicio de responsabilidad 674
D'Luiz Pedro A. y otros contra José Antonio Escobar. Ordinario sobre resolución de un contrato 743
De la Torre de Holguín Inés y otros contra María Zapata de la Torre y otros. Ordinario sobre liquidación de una sociedad 780
Departamento de Caldas contra el Departamento del Tolima y The Dorada Railway Company Limited. Ordinario sobre subrogación en un contrato 457
Departamento del Tolima contra The Dorada Railway Company Limited. Juicio de cuentas e incidente de acción exhibitoria 864
Documentos relativos a la visita del Excmo. señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur 11
Duque Gómez Max contra la sucesión de Francisco Bedón. Ordinario sobre cobro de servicios médicos.... 788

- E -

Echeverri Hermanos contra Echeverri Hermanos & Cía. Ordinario por perjuicios 329

- F -

Faillace Antonio y Bonifacio contra la sociedad de comercio "A. Held". Ordinario sobre responsabilidad por incendio y sobre pago de perjuicios 175
Forero de Velasco María Amparo Petronila contra Angel María Avila. Recurso de hecho 416

- G -

Gaitán Bonifacio contra Salvador Vanegas. Ordinario por pesos..... 574
Gallo Alirio. Causa por homicidio.... 430
Gálvez José Ignacio. Causa por heridas 671
García Herreros Paulina de. Pensión que se niega 871
Garzón Julio César contra Ramón Vanegas Mora. Ordinario sobre nulidad de un documento y de un juicio ejecutivo 146
Gómez Eduardo. Causa por homicidio 839
González Ascensión. Causa por homicidio 640
González Francisco contra Roberto Hoyos. Ordinario por pesos..... 761
González Gorgonio contra Tiburcio Argüello. Ordinario sobre declaración de no haber sido ejecutada una sentencia 710
González José María. Causa por homicidio 82
González Ponce Arturo y Carolina Uribe de González Ponce contra Francisco Forero Aguilera. Ordinario de reivindicación 317

- H -

Herrera Luciano contra Delfín Martínez. Ordinario por pesos..... 129
Herrera Luciano contra Delfín Martínez. Id. Auto para mejor proveer 552
Herrera Evaristo contra el Municipio de Bogotá. Ordinario por perjuicios 581
Hurtado Alfonso. Causa por homicidio 446

- I -

Informe del Magistrado doctor Miguel Moreno Jaramillo sobre la proyectada visita del señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur .....

Págs.

Informe del Magistrado doctor Pedro A Gómez Naranjo sobre el mismo asunto 17
Informe de los Magistrados doctores Antonio Rocha y Eduardo Zuleta Angel sobre el mismo asunto..... 21
Isaacs Enrique contra Inés Marchello de Isaacs. Ordinario por pesos 772

- J -

J... Fernando. Causa por homicidio 221
Jessup Carlos E. contra The Santa Marta Railway Co. Limited. Ordinario sobre pensión y jubilación... 621
Jimeno Guillermo contra The Colombian Railway & Navigation Co. Ltd. Recurso de hecho 477

- L -

La Favorita y Roberto Wills contra el Departamento del Tolima. Ordinario por perjuicios 271
La Nación (Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Arturo Matiz R. y Eduardo A. Rueda. Ejetivo 224
La Nación se opone a la entrega de una finca rematada por Urbano Rengifo 226
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Guadalupe), contra Dimas Trujillo. Ejecutivo 232
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Manizales), contra Mercedes Vallejo J. y Jesús María Botero Jaramillo. Ejecutivo.... 223
La Nación (Juez 2º Nacional de Ejeciones Fiscales), contra Blas Viñas P. y José Jaime. Ejecutivo..... 235
La Nación (Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Nabor Forero R. Ejecutivo..... 242
La Nación (Juez 1º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Arturo Vanegas. Ejecutivo 250
La Nación (Juez 2º Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Enrique de Narváez y Eduardo Gamboa. Ejecutivo 253
La Nación (Juez 1º Nacional de Ejeciones Fiscales), contra Julio R. Romero. Ejecutivo 257
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Medellín), contra la sociedad Escobar Osterrieth Cía. Ejecutivo..... 258

Págs.

La Nación (Administración de Hacienda Nacional), contra Juan Izquierdo Toledo. Ejecutivo..... 261
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Medellín), contra la Cervecería Antioqueña Consolidada. Ejcutivo 262
La Nación contra Ignacio Martínez, Juan Bautista Santacruz y José Antonio Guerrero, sobre resolución de un contrato 283
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca), contra Luis Alberto Medina, por impuesto sobre la renta. Ejecutivo. 450
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Tunja), contra José Bartolomé Daza, por impuesto sobre la renta. Ejecutivo 451
La Nación (Recaudación de Hacienda Nacional de Magangué), contra José Gabriel Soto. Ejecutivo..... 456
La Nación (Recandador del Impuesto sobre la Renta de Bogotá), contra José María Villegas. Ejecutivo.... 460
La Nación (Juez 1º de Ejecuciones Fiscales), contra Salomón Morales. Ejecutivo 466
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Tello), contra Mario García C. Ejecutivo..... 468
La Nación contra Alvaro Sánchez. Ejecutivo 470
La Nación contra las herencias de Lucía Caicedo de Leiva y Uldarico Caicedo Leiva, sobre declaratoria de baldío de un globo de terreno. Ordinario 473
La Nación (Juez 1º de Ejecuciones Fiscales), contra Milciades Rodríguez. Ejecutivo 479
La Nación (Juzgado de Ejecuciones Fiscales de Cundinamarca), contra Alfredo Escobar. Acumulación en ese juicio al que contra el mismo ejecutado siguió Alberto Camero.. 486
La Nación (Juez Nacional de Ejecuciones Fiscales), contra Lisandro Durán. Ejecutivo 690
La Nación contra Carlos Cajiao Wallis y otros. Ejecutivo..... 455
Leal Rodríguez Jesús. Juicio militar por deserción 845
Lheman Roberto contra Jesús María Quintero, sobre oposición a la posesión de una mina 346
López Alejandro G. y Enriqueta López contra Francisco Becerru, Luis F. Becerra y otros. Ordinario de rei-

Págs.

vindicación 166
López Francisco y Pedro Uribe Mejía contra el Departamento de Caldas. Ordinario por pesos y perjuicios.. 265
López Jorge Luis. Causa por homicidio 77
La Nación (Sindicatura de Lazaretos de Bogotá), contra Félix A. Romero, Apolonia Romero de Clavijo, Polidoro Romero L. y Salomón Gutt. Ejecutivo 692
La Nación (Administración de Hacienda Nacional de Medellín), contra Jesús A. Monsalve. Ejecutivo.. 861
La Nación (Recaudador de Hacienda Nacional de Tumaco), contra Arísto M. Suárez. Ejecutivo ..) 866
La Nación contra Luis María Rodríguez. Ejecutivo 875
La Nación contra Julio S. Romero. Ejecutivo 878
La Nación contra Gabriel Afanador y otros. Ejecutivo 881
La Nación (Juez de Rentas Nacionales de Bogotá), contra Gustavo Atuesta. Ejecutivo 882

- L -

Llanos José A. contra Raúl H. Méndez. Ordinario sobre declaración de extinción de una fianza hipotecaria 352

- M -

Maldonado Jerónimo contra la Nación. Ordinario por pesos 858
Marín Simón A. Causa por homicidio 644
Martínez Reyes. Causa por homicidio 217
Medina Juan de Dios contra la sucesión de Juan de la Cruz Medina y contra la sociedad conyugal Medina-Toro. Ordinario 126
Mejía Anacleto, en representación de su esposa Liberata Escobar, contra Pedro Nolasco Escobar. Ordinario sobre nulidad de un remate y sobre otros puntos 61
Mejía Gerardo. Causa por homicidio. 665
Méndez Severo. Causa por homicidio 561
Molina Ramón V. Pensión por servicios públicos 483
Moncayo Alonso. Tercería en el juicio ejecutivo del Departamento de Nariño contra Gonzalo Benavides Guerrero y otros 244
Monsalve Jesús A. contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida compuesta por José Vicente Restrepo E. y Celsa Julia Palacio de Restrepo. 886
Morales Eutimio. Causa por homicidio 218

Págs.

Mosquera J. Bolívar contra la Nación, sobre pago de una pensión..... 635
Motavita José. Causa por homicidio.. 659
Municipio de Bosa contra el de Bogotá. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 35
Municipio de Popayán contra Antonio Caldas. Ordinario de reivindicación 8
Municipio de Salamina contra el Departamento de Caldas. Se niega la ejecución intentada por el doctor Clímaco Villegas como apoderado del Municipio 246
Muñoz v. de Sánchez Melania contra el Departamento de Cundinamarca. Ejecutivo 687

- N -

Nota del señor Ministro de Gobierno sobre la visita del Excmo. señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur..... 11
Nota del Presidente de la Corte al señor Ministro de Gobierno, en la cual se expresa la determinación de la Corte Suprema acerca de la persona que debe encargarse del Poder Ejecutivo durante la visita del Excelentísimo señor Presidente de la República a varios países de la América del Sur..... 11
Nota del señor Ministro de Relaciones Exteriores sobre ese mismo asunto 20
Nota del Presidente de la Corte Suprema de Justicia sobre ese mismo asunto .....
Nova Arturo. Causa por homicidio.. 85

- O -

Orduz Alfredo. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 826
Orfelinato de San José o Casa de Huérfanos contra el Departamento de Caldas. Demanda sobre pago del valor de una zona de terreno y, en subsidio, reivindicación 91
Ortiz Daniel contra el Departamento del Atlántico, por perjuicios..... 485
Osorio José. Causa por heridas..... 642

- P -

Pereira Josefina contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo..... 285
Pérez Salvador contra Deogracias Román y otros. Ordinario sobre nulidad de una liquidación y de una compraventa .....